



EB 2024/048

Resolución 166/2024, de 17 de septiembre, 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 mercantil ZOSMAMEDIA, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de diseño, planificación y compra de espacios para campañas de sensibilización para la seguridad y salud en el trabajo”, tramitado por OSALAN.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de marzo de 2024 ha tenido entrada 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 ZOSMAMEDIA, S.L. (en lo sucesivo, ZOSMA), frente a la adjudicación del contrato de “Diseño, planificación y compra de espacios para campañas de sensibilización para la seguridad y salud en el trabajo”, promovido por OSALAN.

SEGUNDO: El 19 de marzo el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador al que se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el 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 con fecha 22 de marzo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 25 de marzo de 2024, se han recibido las alegaciones de 2 MÁS 2 PUBLICIDAD INTEGRAL S.L. (en adelante, 2 más 2), el 3 de abril.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 9/2024, de 3 de abril, se acordó la medida provisional consistente en el alzamiento de la suspensión de la adjudicación del contrato.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.M.F., que actúa en nombre y representación de ZOSMAMEDIA, S.L.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que 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 el acuerdo de adjudicación podrá ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, OSALAN tiene la condición de poder adjudicador y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:

a) Como cuestión previa hay que señalar que ante la falta de motivación del informe técnico de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y la baja puntuación otorgada a la hoy recurrente, ésta solicitó que se revisara dicha puntuación, así como una justificación de esta. Ante ello, la Mesa de contratación remitió una respuesta (en adelante, informe complementario) en la que se exponían los supuestos motivos que llevaron al examinador a evaluar la propuesta de la recurrente en la forma que lo hizo. Entre esos motivos se encuentran criterios que no se señalan en los pliegos, siquiera de manera indiciaria.

b) El informe técnico que sustenta el acto impugnado carece de la motivación necesaria que permita a las licitadoras conocer el motivo ni el razonamiento seguido para otorgar más o menos puntos a las ofertas presentadas. Fundamentalmente, dicha falta de motivación se hace más patente en el subcriterio sujeto a juicio de valor número 2 el planeamiento de espacios publicitarios y medios que procuren la máxima difusión de la campaña.

c) Así, ZOSMA realiza una propuesta de medios que garantizan la máxima difusión de la campaña de publicidad, aportándose al efecto datos de medición de la efectividad de dicha campaña que arrojan unos porcentajes superiores al 90% de cobertura en cada una de las fases. Además, se justificó debidamente la selección de medios en función del análisis de los distintos *targets core* de la campaña, principal y secundarios, seleccionando los soportes líderes en cada



uno de los medios solicitados, además de seleccionar otros soportes que aportaban una mayor cobertura o valor cualitativo. Pese a ello, la oferta de la recurrente recibió la menor puntuación entre los licitadores con el único juicio de valor negativo consistente en que, en los medios exteriores, no se incluye el medio Metro Bilbao. Si bien ello es cierto, el hecho de no incluirse tal medio no puede ser objeto de penalización alguna, toda vez que el mismo no es un soporte señalado como indispensable en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT). A mayor abundamiento, en el ranking de CIES para el *target core* que nos ocupa, se recoge que Metro Bilbao ocupa el puesto número ocho, no siendo por tanto un medio líder, tal y como se desprende de la gráfica que adjunta. Además de ello, no se puede olvidar que Metro Bilbao solo tiene incidencia en la ciudad de Bilbao, si bien la campaña tiene un ámbito muy superior, abarcando la totalidad Euskadi.

d) Por su parte, el informe complementario señala una serie de argumentos para justificar la puntuación otorgada en este concreto subcriterio que son los siguientes:

- No puede calificarse de óptima la oferta presentada por esta parte porque hay ofertas de empresas licitantes que, supuestamente, superan, casi doblando, la propuesta de distribución de medios para las campañas de abril y octubre.
- Todas las empresas han llegado al “mínimo de inserciones” y medios exigidos (por lo que obtienen la puntuación máxima), salvo la excepción de una de las empresas licitantes, que no es Zosma, que obtiene por ello 2 puntos menos, del mismo modo que Zosma no incluye en “exteriores” a Metro Bilbao, lo que le ha penalizado en este apartado.
- La campaña de mensajes mensuales, por ser la novedad en esta licitación, tiene una mayor atención y puntuación en el apartado de distribución de espacios publicitarios. Y el plan de medios en radio de ZOSMA es escaso con respecto a las otras empresas licitantes en el número de inserciones, no llegando al umbral para lograr una buena puntuación.
- Finalmente, desde OSALAN se indica que tampoco consideran adecuado el emplazamiento de las inserciones anteriores.

e) Pues bien, ZOSMA se muestra totalmente disconforme con la valoración que se hace de la oferta presentada, por considerar que no es conforme a derecho.



Y es que se entiende que se penaliza de forma injustificada en este subcriterio, minorando la puntuación en seis puntos en base a unos supuestos criterios que ni son reales ni se contienen en los Pliegos. Por ende, la valoración realizada por el órgano licitador se aparta de lo que puede considerarse como justo y conforme a derecho. Tal y como puede comprobarse en la oferta, la recurrente ha aportado datos que permiten inferir que la planificación diseñada es óptima para la difusión de las campañas objeto del presente contrato; algo que se puede constatar en la documentación que se acompañó a la oferta, y, en especial, en los valores cuantitativos justificados, tales como la cobertura, la frecuencia, los GRP's y los impactos.

f) Finalmente, se solicita la nulidad del acto impugnado con retroacción del procedimiento hasta la valoración de las ofertas y que se realice una nueva. Asimismo, se solicita la vista de expediente para poder comprobar y comparar datos de las ofertas presentadas por el resto de los licitadores.

SÉPTIMO: Alegaciones de 2 MÁS 2

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso, en síntesis, con los siguientes argumentos:

a) No existe falta de motivación en la resolución recurrida, pues la recurrente ha podido formular recurso debidamente fundado, tal y como lo demuestra la extensa y documentada argumentación utilizada en el recurso.

b) El primer informe técnico de valoración forma una unidad lógica e inseparable con la respuesta efectuada por la mesa de contratación a instancias de la recurrente - previo a la resolución de adjudicación- en el que la oferta no se considera óptima porque, entre otras cuestiones, se indica que las empresas licitantes superan (casi doblando, se dice), la distribución de medios en la propuesta de campaña de abril y octubre de la recurrente. Y lo que es más relevante, que como la campaña de mensajes mensuales es la principal novedad de la licitación, la valoración se ha centrado en la propuesta de distribución de



las inserciones en el plan de medios, otorgándose mayor atención al apartado de distribución de espacios publicitarios y medios.

c) Lo que se hace imposible de entender es que se pretenda mantener el número de inserciones e impactos, así como el índice de cobertura - sin perjuicio de otras cuestiones también puestas de manifiesto por la mesa de contratación- cuando los porcentajes de los supuestos descuentos a aplicar en las tarifas de los medios listados en el PPT y en relación con las campañas puedan ser calificados como inviables. Cuestión esta que puede subyacer tácitamente en la motivación del poder adjudicador, que sin llevar a cabo el procedimiento del art. 149 de la LCSP, sí que puede realizar esas valoraciones de difusión, que no tienen por qué ser coincidentes con la percepción de la recurrente. Porque los cuadros de descuentos comparados con el resto de los licitantes son inasumibles por anormalmente bajos y ello ha podido llevar a la Mesa a no excluir la propuesta, pero sí a reducir la puntuación.

d) Si bien no hay subcriterios incluidos en el PPT que hablen de número mínimo de inserciones, porque es una cuestión discrecional, a apreciarse en el estricto ámbito de valoración no automática por la mesa de contratación, se trata de una simple valoración alineada con el apartado 3.7. del PPT "Planificación y contratación de espacios publicitarios en medios de comunicación para la difusión", y que indica que la selección de medios y soportes se establecerá por criterios objetivos, que implicarán grado de influencia, eficacia, pertenencia en cuanto a público objetivo y el presupuesto asignado a cada acción y se argumentará con informes la idoneidad de la elección de medios/soportes como parte de una estrategia integral que tenga en cuenta al público objetivo. Es por tanto en este ámbito donde se deduce el juicio que refiere el número mínimo de inserciones, que pueden servir para ponderar la oferta respectiva.

e) En definitiva, no es, por tanto, injusta ni arbitraria la Resolución recurrida, pues en relación con la aplicación de criterios sujetos a juicio de valor el poder adjudicador goza del margen de discrecionalidad técnica.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) Osalan respondió a las peticiones realizadas por el recurrente mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2024, concretando las motivaciones de la valoración y respondiendo a todas las cuestiones planteadas por la empresa recurrente, lejos de cualquier evasiva. Además, se quiere señalar que, ante el escrito presentado por la empresa recurrente la Mesa de Contratación, en aras a una mayor seguridad jurídica, revisó las valoraciones otorgadas a las empresas licitadoras, sin que hubiera variación alguna, al considerar que las otorgadas eran correctas. En consecuencia, tras la revisión, el órgano de contratación se reiteró en el juicio de valor emitido con relación a la empresa recurrente, para, además, profundizar en el razonamiento de la valoración y motivarlo en su escrito de contestación.

b) El órgano calificador, dentro de esa discrecionalidad técnica que le ampara, ha procedido a realizar la valoración más acorde a sus necesidades específicas para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas, y esa discrecionalidad solamente podría desvirtuarse si se acreditara infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, hecho que ni se ha demostrado ni tan siquiera se alega por la parte recurrente.

c) Por otro lado, el recurrente alude que ha sido “penalizado” por no incluir el Metro de Bilbao en la planificación de exteriores, y afirma que el hecho de no incluirse tal medio no puede ser objeto de penalización alguna, toda vez que el mismo no es un soporte señalado como indispensable en el PPT. Pues efectivamente, si hubiese sido un medio indispensable, su exclusión habría conllevado la inadmisión de la oferta. Pero no aparecía como tal y, precisamente por ello, es objeto de valoración, no de penalización. Dentro de los medios no preceptivos, cada licitador es libre de priorizar unos u otros, y la mesa de contratación, dentro de esa discrecionalidad técnica mencionada, es libre de



valorar la coherencia de esa elección en su conjunto. En todo caso, el órgano de contratación considera importante incluir el Metro de Bilbao y así lo ha expresado en el informe de valoración y posterior escrito de contestación, puesto que es un medio usado por miles de personas diariamente y permite que el mensaje que OSALAN quiere trasladar a los y las trabajadoras y a la sociedad en general, se expanda más y sea más efectivo.

d) Aunque en las bases técnicas se otorga una puntuación a otros aspectos, el de la difusión no se entiende sin tener en cuenta el mensaje que se quiere difundir. Dicho de otro modo, cualquiera puede entender, y una agencia de comunicación en mayor medida, que, si el mensaje que se emite no responde a los objetivos, intereses o personalidad o imagen del emisor, para nada sirve que se difunda más o menos extensamente porque, en ese sentido, esa difusión iría en contra de los objetivos buscados por la entidad contratante. En ese sentido, la propuesta creativa de ZOSMA era la menos valorada por el órgano de contratación porque a su juicio era la que menos se ajustaba a sus necesidades de difusión y comunicación. Por lo tanto, si bien se entiende la opinión de la empresa recurrente de que su propuesta de difusión había de ser considerada como la de más impacto, pero no coincidía con las necesidades de OSALAN, ya que se vería abocado a diseminar un mensaje que no considera adecuado y dejaría a un lado otra propuesta que se ajusta mejor a sus necesidades.

e) Como en todas bases técnicas, hay que establecer unos parámetros de puntuación, pero, como es el caso, aunque no se diga explícitamente en los pliegos (aunque subyace claramente), la puntuación otorgada a la difusión debe ir ligada a la mejor adecuación a los intereses y objetivos de los mensajes de la entidad adjudicataria, en este caso Osalan. No se puede pretender que, en base a unos supuestos pretendidamente objetivos, como defiende ZOSMA, Osalan se vea forzada a verse representada por una imagen y unos mensajes que no le convienen a su personalidad y proyección, cuando lo que se pretende es dar mensajes en positivo en post de la concienciación y de despertar la necesidad de adoptar medidas preventivas y no de llamar la atención con imágenes negativas como pudieran ser ligaduras o esposas y blísteres de ansiolíticos



vinculadas a los ratones y a los teclados de ordenador, como proponía la empresa recurrente, en una fórmula del método y estilo de OSALAN.

f) Por lo tanto, se cumple con el deber de motivación contemplado en el artículo 151 de la LCSP y las valoraciones realizadas entran dentro del margen de discrecionalidad que, por remisión al Informe, corresponde al poder adjudicador, sin que haya motivo alguno para considerar que la valoración es arbitraria ni deba ser anulada. A mayor abundamiento, es de destacar que el reclamante recurre la adjudicación del contrato, pero no recurrió en su día los Pliegos ni las bases de la licitación del contrato, y se presume por ello que estaba de acuerdo con los mismos, ya que presentó la oferta y se ha de presuponer que, si hubiera sido la empresa adjudicataria, no hubiera interpuesto recurso alguno ni puesto en entredicho la valoración realizada ni los Pliegos publicados.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente estima que se ha aplicado incorrectamente uno de los subcriterios sujetos a juicio de valor (el planeamiento de espacios publicitarios y medios que procuren la máxima difusión de la campaña) por incluir criterios secundarios *ex novo* y reglas de valoración no previstas en los pliegos. El análisis de este Órgano debe partir de las cláusulas de los pliegos relevantes para el caso:

Carátula del PCAP

(...)

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

22.1.- Existe un único criterio de adjudicación: no.

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: sí

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: sí

- Criterio: OFERTA TÉCNICA

Ponderación: **48 puntos.**

Descripción del método de valoración del criterio: El servicio que se pretende contratar requiere una metodología, una relación estrecha con el Instituto contratante tanto funcionalmente como de seguimiento del producto. En este marco, se valorarán:

1.- El enfoque general y la propuesta de un estilo original con los que abordar el diseño y creatividad de la campaña que faciliten la sensibilización de la población en materia de prevención de riesgos laborales y salud laboral: **20 puntos.**

2.- El planteamiento de espacios publicitarios y medios que procuren la máxima difusión de la campaña. **18 puntos.**

(...)



PPT

(...)

1.- OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del contrato es, por una parte, la elaboración de sendas campañas de publicidad así como de mensajes de sensibilización sobre una gestión activa y participativa de la seguridad y salud en los lugares de trabajo y, por otra, la planificación y compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y el apoyo al impulso y gestión de la página web del organismo y de su visibilización en las redes sociales.

Las campañas de publicidad consistirán en:

- la creación, elaboración y diseño de contenidos y materiales para sendas campañas de sensibilización y concienciación sobre la importancia de prevenir los riesgos que conllevan las nuevas formas de trabajo que se desarrollarán en dos fases complementarias: la primera, en el entorno del Día Mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo (28 de abril) y la segunda durante la Semana Europea de SST (semana 43 del año). Al formar parte de campañas divididas en dos fases temporales, además

de que ambas se complementen, la segunda deberá reforzar los mensajes y contenidos de la primera.

- Por otra parte, se elaborarán y difundirán mensajes de sensibilización sobre una gestión activa y participativa de la seguridad y salud en los lugares de trabajo que se difundirán a través de cuñas de radio, RR.SS. y medios digitales. Dichos mensajes responderán a las directrices que marque Osalan y se articularán en torno a una estructura que muestre que son recomendaciones e informaciones que promueve Osalan (por ejemplo: "Osalan informa") y se difundirán mensualmente (uno cada mes) como muy tarde a partir de los 30 días siguientes a la fecha de formalización del contrato.

En este contrato se valorarán especialmente la creatividad de la empresa licitante, su disponibilidad y flexibilidad para responder ágil y eficazmente a los requerimientos de comunicación de Osalan y su contrastada experiencia en gestión y diseño de páginas web y uso de redes sociales.



3.- TAREAS A REALIZAR

3.1. Creatividad de las dos fases de la campaña;

3.2. Elaboración de los mensajes mensuales;

3.3.- Público destinatario: Aunque se dirigen a toda la sociedad vasca, interesa dirigirse especialmente a toda la población activa así como a las organizaciones y entidades en que se organiza la PRL.

(...)

3.6. Soportes para la difusión de las campañas

3.6.1. La propuesta de las campañas de abril y octubre habrá de acomodarse a diferentes soportes a través de los cuales se hará la difusión y que, al menos, serán los siguientes:

- **Pieza audiovisual** para su circulación en **redes sociales y la página web** de Osalan.
- **Banners**, para inserción en medios digitales.
- **Piezas para publicidad en prensa escrita.**
- **Cuña radiofónica.**
- **Exteriores:** pantallas, mupis, etc.

3.6.2. La difusión de los mensajes mensuales contemplará los distintos medios de prensa digital, redes sociales y, **especialmente, la radio.**

La empresa adjudicataria se encargará de facilitar en los plazos adecuados los soportes de creatividad a los medios contratados. Para ello, se coordinará con la persona designada por el Área de Comunicación de Osalan que podrá decidir cambios específicos.

La empresa adjudicataria cederá en exclusiva a Osalan el ejercicio de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y otros derechos de explotación de la creatividad.

3.7.- Planificación y contratación de espacios publicitarios en medios de comunicación para la difusión;

La selección de medios y soportes se establecerá por criterios objetivos que implicarán grado de influencia, eficacia, pertinencia en cuanto a público objetivo y el presupuesto asignado a cada acción.

Se argumentará con informes la idoneidad de la elección de los medios/soportes como parte de una estrategia integral que tenga en cuenta al público objetivo.

Se valorará que la empresa argumente de manera clara sus acciones y propuestas, de manera visual orientada a una mejor toma de decisiones por Osalan.

3.8.- Ámbito territorial de la campaña

La campaña será divulgada en toda la Comunidad Autónoma Vasca.

Las apreciaciones del OARC/KEAO sobre las cuestiones planteadas son las que a continuación se exponen.



a) Sobre la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor

De forma previa, se precisa reiterar la doctrina de este OARC / KEAO, plasmada en múltiples de sus resoluciones (ver, por ejemplo, la Resolución 209/2019), en relación con la discrecionalidad técnica que le asiste al órgano evaluador en la elaboración de informes técnicos, y conforme a la cual, 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, debiendo en cambio verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica del poder adjudicador, que se refieren a la competencia del órgano, el procedimiento, los elementos reglados, los hechos determinantes, la adecuación al fin perseguido y al juego 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 117/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer 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 10/12 OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 117/2019). 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.

b) Sobre el análisis del caso concreto

El examen de si el poder adjudicador ha traspasado los límites de la potestad discrecional que le asiste en la evaluación del criterio secundario el planeamiento de espacios publicitarios y medios que procuren la máxima difusión de la campaña debe partir del aspecto de la oferta que valora tal criterio para lo cual se habrá de acudir a las obligaciones demandadas al contratista en el PPT, que es el documento que contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato, representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador y deben cumplir todas las ofertas (ver, en este sentido, la Resolución 72/2018). Pues bien, en la cláusula 3.6 de este documento, el poder adjudicador establece una relación de mínimos de soportes publicitarios para las campañas de abril y octubre, y los medios a través de los que se difundirán los mensajes mensuales.

Tal y como anteriormente ha manifestado este OARC / KEAO (ver, en este sentido, la Resolución 184/2019), el poder adjudicador está obligado a procurar en cada fase del procedimiento de licitación la igualdad de trato (artículo 1.1 LCSP) y, como consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores. Dicho principio también significa que los licitadores deben estar en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como en el de la evaluación de éstas por el poder adjudicador.

Además, el principio de transparencia, que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador, implica más especialmente que los criterios de adjudicación se han de formular en el pliego de cláusulas o en el anuncio de licitación de manera que permitan a todos los licitadores razonablemente informados y normalmente



diligentes comprender su alcance exacto e interpretarlos de igual forma, que en la evaluación de las ofertas esos criterios deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (ver, en este sentido las Resoluciones 68/2018 y 153/2018 del OARC/KEAO y la jurisprudencia en ella citada) y que los potenciales licitadores deben conocer en el momento de preparar sus ofertas todos los criterios que el poder adjudicador tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa así como su importancia relativa (Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, C-532/06 ECLI:EU:C:2008:40, apartado 36 y jurisprudencia en ella citada). A juicio de este OARC/KEAO, la valoración no se ha ajustado a los referidos principios por las siguientes razones:

- 1) En primer lugar, este Órgano quiere manifestar que no advierte indefensión en la posición de la recurrente, pues ha podido interponer un recurso fundado, fundamentalmente basado en el denominado informe complementario que realizó la mesa de contratación como contestación a la petición de revisión de la valoración efectuada por la propia recurrente. Formalmente, pues, no existe infracción alguna en que los motivos de la valoración se hagan en uno o en varios informes, siempre que se realicen con anterioridad a la adjudicación del contrato. Cosa bien distinta es que de dicha motivación se deduce que la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor no se ha ajustado a Derecho, como se expondrá a continuación.
- 2) A juicio de este Órgano, han de atenderse los argumentos de ZOSMA en cuanto que a la hora de la evaluación de la oferta de la recurrente se han introducido valoraciones que no pueden ni siquiera indiciariamente deducirse del propio subcriterio; es decir, la valoración es contraria al principio de transparencia porque no era previsible que fuera a producirse en los términos efectuados y justificados por el poder adjudicador.
- 3) En este sentido, los argumentos proporcionados en el mencionado informe complementario son básicamente los siguientes:



- ✓ siendo una oferta valorable, no puede calificarse como óptima dado que hay ofertas de empresas licitantes que, en muchos casos, superan, casi doblando, la propuesta de distribución de medios en la propuesta de campañas de abril y octubre.
- ✓ Además, todas las empresas han llegado al mínimo de inserciones y medios exigidos (por lo que obtienen la puntuación máxima), salvo la excepción de una de las empresas licitantes, que no es la empresa reclamante, que obtiene por ello 2 puntos menos, del mismo modo que Zosmamedia no incluye en “exteriores” a Metro Bilbao, lo que le ha penalizado en este apartado.
- ✓ En cuanto a la campaña de mensajes mensuales, siendo la principal novedad de esta licitación, a instancias de las necesidades detectadas a lo largo de los últimos ejercicios, cabe destacar que, ya que no se ha requerido una creatividad específica para esta campaña mensual, la valoración de ésta se ha centrado en la propuesta de distribución de las inserciones en el plan de medios, otorgándose a este apartado una especial atención y, por tanto, la mayoría de puntos de este apartado de distribución de espacios publicitarios y medios.
- ✓ A este respecto, y teniendo en cuenta el especial peso de este apartado en la valoración de la propuesta de medios, se constata que la propuesta de plan de medios en radio de Zosmamedia es escasa con respecto a las otras empresas licitantes en el número de inserciones, no llegando al umbral para lograr una buena puntuación en este apartado. Asimismo, tampoco consideramos adecuado su emplazamiento.

4) Llegados a este punto, debe señalarse lo siguiente:

- Frente a la afirmación de que la oferta no es óptima y no debe obtener la totalidad de puntos porque otras ofertas doblan la propuesta de distribución de medios de las campañas de abril y octubre por hacerlo en dos semanas y no en una como ZOSMA, ha de señalarse que consta en el expediente por lo menos una empresa que también realiza dichas campañas en una semana y ha obtenido el máximo de puntos, lo cual es contrario al principio de igualdad de trato.



- Si bien se refleja en la cláusula 3.6 del PPT un mínimo de los medios exigidos para la difusión de las campañas de abril y octubre, no consta en los pliegos referencia alguna al umbral mínimo de inserciones publicitarias, cuyo alcance y determinación no es conocido por los licitadores con anterioridad a la presentación de ofertas y tampoco una vez efectuadas las valoraciones, infringiéndose el principio de transparencia.
- De las justificaciones dadas por el poder adjudicador se desprende que se ha dado una sobreponderación en la valoración del subcriterio debatido a la campaña de sensibilización de carácter mensual basada en su carácter novedoso. Sin embargo, de la redacción de los pliegos en general y del subcriterio en particular no cabe deducirlo o preverlo. Así, se observa que (i) las campañas de abril y octubre se encuentran redactadas en primer lugar en la descripción del objeto del contrato y en segundo la campaña mensual; (ii) en el informe de valoración se recogen afirmaciones de los propios licitadores que textualmente dicen “Además de las dos campañas principales se implementará una campaña mensual...” o “La campaña que prone xxx se atine a lo solicitado por Osalan y estará dividida en dos momentos clave: el día de la seguridad y salud en el Trabajo el 28 de abril y la Semana Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (Octubre); y (iii) la campaña de mensajes mensuales tiene un presupuesto de licitación del 24% frente al 76% de las otras dos campañas.
- Considerar el dato del número de las inserciones publicitarias y concreta y específicamente las cuñas radiofónicas para la campaña mensual como elemento vertebrador de la puntuación en el subcriterio objeto de debate infringe igualmente el fondo parcialmente reglado del criterio que se refiere a espacios publicitarios y medios en general, sin sobreponderar ninguno de ellos. No existe dato alguno en los pliegos para que el licitador pueda prever que el número de las cuñas radiofónicas mensuales



vaya a tener un valor mayor que el de las otras 2 fases o el de la suma total de las cuñas, tanto radiofónicas como las inserciones en otros medios. Por otro lado, la difusión de la campaña que es elemento central para valorar mediante este criterio no solo depende del número de mensajes, sino también del emplazamiento de estos y de los medios utilizados. Por otro lado, resulta contradictorio con la argumentación utilizada por el órgano de contratación que en el primer informe se penalice con 2 puntos a quien no utiliza emisoras de radio muy importantes en cuanto al número de oyentes diarios en Euskadi para la emisión de los mensajes, tanto mensuales como los de las fases de abril y octubre, y con 6 a quien no se publicita en el Metro de Bilbao, cuando su incidencia y alcance como medio de difusión es más reducido y local.

- 5) Por último, no cabe aceptar los argumentos utilizados por el poder adjudicador para justificar la puntuación en este segundo subcriterio y relativos a que la propuesta creativa era la menos valorada y que la puntuación otorgada la difusión debe ir ligada a esa propuesta, pues el enfoque creativo tiene su propio subcriterio para ser valorado, sin que sea admisible utilizar otro para conseguir una doble penalización.
- 6) Llegados a este punto, ha de reiterarse que la valoración del poder adjudicador ha conculcado los principios de igualdad de trato y transparencia (artículo 1.1 de la LCSP). Por ello, este OARC / KEAO considera que debe anularse el acto impugnado.

c) Conclusión

Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, ésta debiera conllevar, en principio, la retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva evaluación del criterio debatido; sin embargo, tal solución no es posible porque la valoración de las ofertas ya no podría realizarse con la separación de la



evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor y los sujetos a aplicación mediante fórmulas que exige el artículo 146.2 b) de la LCSP, por lo que debe cancelarse la licitación. Este efecto de la disposición no empeora la situación del recurrente, que mejora su situación al pasar de ser un licitador que no es adjudicatario para poder presentar una proposición en una previsible nueva licitación; tampoco infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque, a pesar de no haber sido solicitado por el recurrente, viene impuesto por la citada imposibilidad legal de retroacción. Finalmente, debe señalarse la innecesaridad de la vista de expediente solicitada, dado que la recurrente ha podido presentar un recurso debidamente fundado como lo demuestra la estimación de este.

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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ZOSMAMEDIA, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de diseño, planificación y compra de espacios para campañas de sensibilización para la seguridad y salud en el trabajo, tramitado por el OSALAN, acordando la anulación de la adjudicación con los efectos establecidos en el apartado c) del Fundamento Jurídico Noveno de esta Resolución.

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



TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 esta (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 irailaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de septiembre de 2024.