

Recurso 98/2024
Resolución 125/2024
Sección Primera

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

Sevilla, 27 de marzo de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMPATH DESIGN FACTORY S.L.** contra la resolución, de 26 de febrero de 2024, por la que se declara desierta la licitación respecto al **lote 2** del contrato denominado “Servicio de ejecución y seguimiento de las acciones de Inteligencia Destino Smart Data y Escucha Activa incluidas en el Plan de Sostenibilidad Turística en Destino del Ayuntamiento de Úbeda, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia financiado al 100% por la Unión Europea – Next Generation EU”, convocado por el Ayuntamiento de Úbeda (Expte. C2023/047), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de noviembre de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 209.764,23 euros.

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.

Durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 19 de febrero de 2024, la mesa de contratación acordó la exclusión de la entidad EMPATH DESIGN FACTORY S.L., respecto al lote 2, por carecer de la solvencia técnica exigida. Con posterioridad, el 26 de febrero de 2024, el órgano de contratación dictó resolución teniendo por excluida la proposición de la citada empresa y declarando desierta la licitación del lote 2 del contrato. Esta resolución fue notificada a la interesada el 27 de febrero de 2024.

SEGUNDO. El 8 de marzo de 2024, EMPATH DESIGN FACTORY S.L. (EMPATH, en adelante) presentó en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución del órgano de contratación citada.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 11 de marzo de 2024, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, ha tenido entrada en esta sede.

El 15 de marzo de 2024, este Tribunal dictó resolución acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto al lote 2, que fue instada por la entidad recurrente.

El mismo día 15 de marzo, la Secretaría del Tribunal remitió el escrito de recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna en el citado plazo.

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, en la redacción dada por el artículo 77 del Decreto ley 3/2024, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de Justicia y el impulso de la actividad económica en Andalucía (BOJA núm. 34 de 16/02/2024), toda vez que el Ayuntamiento de Úbeda no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso y ha remitido a este Tribunal la documentación requerida para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación del lote 2.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone sustantivamente contra la exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación del lote 2, si bien formalmente el acto impugnado es la resolución del órgano de contratación que, teniendo por excluida a la empresa, declara desierto la licitación en el mencionado lote de un contrato convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

A tal efecto, la declaración de desierto, como acto finalizador del procedimiento de adjudicación, es asimilable a la adjudicación, según reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de órganos de resolución de recursos contractuales.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 g) de la LCSP.



QUINTO. Preferencia ex lege en la tramitación del recurso especial.

El recurso se formaliza contra la resolución por la que se declara desierta la licitación del lote 2 de un contrato financiado al 100% con fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, según señala el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por tanto, el presente recurso tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en 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, cuyo tenor literal es que “*Los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos, gozarán de preferencia en todo caso para su resolución por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía*”.

SEXTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la entidad recurrente.

Solicita que se declare (i) la aceptación de la documentación acreditativa de los requisitos previos con anulación de su exclusión en el lote 2 del contrato, (ii) la nulidad de la resolución declarando desierta la licitación en el mencionado lote y (iii) que procede la formalización del contrato con EMPATH respecto al lote en cuestión.

La recurrente resultó excluida por la mesa de contratación en sesión celebrada el 19 de febrero de 2024. En el acta de la mesa se recoge la exclusión en los siguientes términos:

“(…) Una vez estudiado por la Mesa de Contratación el escrito y documentación presentados por la empresa EMPHAT DESIGN FACTORY S.L en relación con la solvencia técnica, se constata que la empresa EMPATH DESIGN FACTORY S.L. presenta como justificación de la solvencia técnica un equipo compuesto por:

- Una Coordinadora con titulación de Licenciada en Publicidad y Relaciones Públicas por la Universidad Pontificia de Salamanca.*
- Una Técnica con titulación de Graduada en Economía por la Universidad del País Vasco.*

En el PCAP se exige para los dos miembros del equipo, Titulación universitaria en Marketing e Investigación de mercado o equivalente.

En primer lugar, se ha de tener en consideración que la empresa plantea la equivalencia en relación a las áreas de conocimiento para adquirir las capacidades necesarias para la realización del trabajo, cuestionando de este modo los términos del PCAP que en su día no impugnó, y en segundo lugar, la titulación aportada por la empresa para el perfil de Coordinadora es la de Licenciatura en Publicidad y Relaciones Públicas, (que se corresponde con el nivel 3 (Master) del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior por Resolución de 10 de febrero de 2016, de la Dirección General de Política Universitaria), y no el de Doble Grado en Publicidad y Relaciones Públicas + Marketing y Comunicación, título desde el que se pretende la equivalencia con el de Marketing e Investigación de mercado que se exige en el PCAP.

Así pues, comparando el plan de estudios del Grado en Publicidad y Relaciones Públicas de la misma Universidad que el aportado por la empresa para la Coordinadora del equipo, con el Grado en Marketing e Investigación de mercado, (se aporta para su comparación el de la Universidad de Sevilla, que es similar al de otras universidades)



se constata que es muy distinto, la coincidencia en las asignaturas es mínima y está orientado a perfiles profesionales distintos. Mientras que el Grado de Publicidad y RRPP, aborda disciplinas enfocadas a la creatividad, el diseño gráfico, la planificación de medios o la gestión, organización de eventos, la investigación de medios publicitarios, gestión de cuentas publicitarias, etc., el Marketing e Investigación de mercado, está enfocado al estudio de los indicadores del estado del mercado mediante el aprendizaje de diferentes técnicas de muestreo y su análisis, la toma de decisiones en base al comportamiento de los consumidores, la orientación comercial y las estrategias de venta, etc., por lo que ambas titulaciones no pueden considerarse equiparables.

Respecto a la experiencia exigida en el PCAP, acredita la gestión de al menos 4 proyectos relacionados con Power BI o similar e Integración de Redes Sociales, en los 5 últimos años.

En cuanto al perfil de Técnico/a, tampoco puede considerarse equiparable la titulación de Marketing e Investigación de mercado con la titulación de Grado en Economía aportada por la empresa para este miembro del equipo, bastando igualmente con comparar ambos planes de estudios para comprobar que no se contempla el marketing, siendo solo coincidentes en alguna disciplina, que tampoco implica que sean idénticas en su contenido formativo, y así lo entiende la doctrina al establecer que el principio jurisprudencial de libertad con idoneidad no puede entenderse como una mera equivalencia entre profesionales por el hecho de que dentro del plan de formación de los respectivos estudios universitarios existan materias que puedan tener una relación directa con la prestación a ejecutar.

Respecto a la experiencia exigida en el PCAP, acredita 4 proyectos en gestión de redes sociales, en los dos últimos años.

A la vista de cuanto antecede, la Mesa de Contratación acuerda por unanimidad:

Primero. - No considerar la documentación presentada por EMPATH DESIGN FACTORY S.L., respecto del LOTE 2, Escucha Activa, conforme a la exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regidor del procedimiento para la solvencia técnica, ya que los títulos universitarios de los miembros del equipo de trabajo presentados por la empresa no se ajustan a lo exigido en el PCAP ni pueden considerarse equivalentes.

Segundo. - Excluir a EMPATH DESIGN FACTORY S.L., de la licitación por carecer de la solvencia técnica exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

Tercero. - Proponer al órgano de contratación que declare desierto el Lote 2 (...)"

Estos términos del acta se reproducen en la resolución, de 26 de febrero de 2024, del órgano de contratación por la que se tiene por excluida la proposición de EMPATH y se declara desierta la licitación del lote 2 del contrato.

Pues bien, frente a la exclusión operada, la recurrente esgrime en su escrito de impugnación los motivos que, en síntesis, se exponen a continuación:

1) Cabe la acreditación de la solvencia mediante la clasificación empresarial y así se establece en el artículo 46 del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones (RGLCAP).

Alega que, entre la documentación presentada para acreditar su solvencia económica y técnica, figuraba el certificado emitido por la Comisión de Clasificación de la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que se le concede clasificación en el Grupo L, Subgrupo 03 y Categoría 1,



y que los códigos CPV del contrato, según el anuncio de licitación, son 79342000 - Servicios de marketing y 72316000 - Servicios de análisis de datos.

Señala que, conforme a la tabla de correspondencias entre códigos CPV y Grupos y Subgrupos de clasificación del Anexo II del Real Decreto citado anteriormente, para el Subgrupo L-3 se prevé correspondencia con los códigos 72313000-2 (servicios de recogida de datos) y 79342310-9 (servicios de encuesta a clientes); de modo que los CPVs contenidos en el Subgrupo L-3 coinciden en las primeras 4 y 5 cifras con los indicados en el anuncio de licitación y la clasificación indicada fue la propuesta por la Comisión de Clasificación de la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, a la vista de la correcta ejecución de trabajos que guardan relación de identidad con los que son objeto de la contratación promovida por el Ayuntamiento de Úbeda.

Concluye, pues, que *“No debería haber duda de que el objeto del contrato licitado se corresponde con el ámbito de actividades o trabajos dentro del Grupo L Subgrupo 3 de clasificación de contratistas, no es gratuito que este Subgrupo reciba, en el artículo 37 del Real Decreto 1098/2001, el nombre de: “Subgrupo 3. Encuestas, toma de datos y servicios análogos”.*

Finalmente, puntualiza (i) que la categoría 1 acredita solvencia para contratos de cuantía inferior a 150.000 euros, siendo el valor estimado del lote 2 inferior a dicha cantidad y (ii) que las decisiones de clasificación de una Comunidad Autónoma pueden hacerse valer en procedimientos de adjudicación de cualquier Administración Pública.

2) La exclusión es desproporcionada e incompatible con el principio de eficiencia. Fundamenta este motivo en los siguientes argumentos:

- EMPATH ha acreditado la correcta ejecución de cinco contratos con Administraciones Públicas para la satisfacción de idéntica necesidad a la del Ayuntamiento de Úbeda, siendo el equipo propuesto para el contrato licitado el mismo que en su día ejecutó aquellos.

- Si bien las titulaciones universitarias de las personas propuestas para la ejecución del contrato no son exactamente las indicadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), deben considerarse equivalentes.

- El órgano de contratación debería haber observado la indudable carga formativa que aporta a los miembros del equipo propuesto la ejecución práctica de servicios idénticos a los que son objeto de la presente contratación. En tal sentido, manifiesta que *“La profesional propuesta en nuestra oferta como coordinadora del servicio que se licita acumula más de siete (7) años de experiencia en el desarrollo de servicios idénticos a los requeridos por el Ayto. de Úbeda, implantado las mismas tecnologías que las descritas en la presente licitación y, específicamente, en el ámbito del turismo. Obsérvese que, tanto los contratos ejecutados por la mercantil por mi representada, como el licitado por el Excmo. Ayto. de Úbeda coinciden en sus tres notas características:*

- *Contratos para la prestación de servicios de ESCUCHA ACTIVA*
- *Contratos prestados a organismos públicos en el ámbito del turismo*
- *Contratos en cuyo desarrollo están involucradas idénticas herramientas tecnológicas*

La mencionada profesional terminó sus estudios universitarios de Licenciada en Publicidad y Relaciones Públicas en el año 2005, fecha anterior a la implantación en España del Grado en Marketing e Investigación de mercado.



Conviene destacar aquí que en el programa educativo de la licenciatura de Marketing e Investigación de Mercado no se contempla la "ESCUCHA ACTIVA" y que los conocimientos para poder desarrollar profesionalmente estos servicios se pueden adquirir desde otros programas formativos como así lo demuestran los certificados acreditados de trabajos de Escucha Activa desarrollados con éxito por EMPATH para varios clientes públicos y privados".

- El órgano de contratación operó, al excluir a EMPATH, dentro de su ámbito de discrecionalidad técnica, pero la experiencia práctica cobra una relevancia excepcional en este contrato por la singularidad de los servicios requeridos y la novedad de las tecnologías involucradas. Por ello, la exclusión es una medida desproporcionada.

- La exclusión es incompatible con el principio de eficiencia.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los motivos del recurso, esgrimiendo los siguientes argumentos:

1) El objeto del contrato no es un servicio de encuesta a clientes a que alude la recurrente (CPV 79342310-9), sino la supervisión y análisis de las redes sociales y medios digitales sobre el turismo en Úbeda como fase previa al establecimiento de estrategias de marketing que permitan mejorar la reputación turística de la ciudad; de ahí los CPVs fijados en la licitación relativos a servicios de análisis de datos y servicios de marketing.

2) En los contratos de servicios, la clasificación puede ser un medio de acreditar la solvencia técnica con relación a los principales servicios mediante la coincidencia de los tres primeros dígitos de los CPVs. No obstante, el medio de acreditar en el PCAP la solvencia técnica no es este, sino la descripción del equipo y su experiencia que no está cubierto por la clasificación.

3) Respecto a la exclusión desproporcionada e incompatible con el principio de eficiencia a que alude la recurrente, opone que la cláusula novena del PCAP establece como criterio de solvencia técnica un equipo técnico formado como mínimo por un coordinador/a y un técnico/a, cada uno de ellos con una titulación y experiencia determinadas.

Asimismo, en cuanto a la equivalencia de titulaciones esgrimida en el recurso, el órgano de contratación se remite a lo acordado por la mesa, tras el examen de la documentación presentada por la entidad licitadora, que se ha transcrito anteriormente en la presente resolución.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

La impugnación examinada queda circunscrita a la exclusión de la entidad recurrente en el procedimiento de adjudicación del lote 2 que finalmente ha quedado desierto. El lote 2 se denomina "ESCUCHA ACTIVA" y tiene por objeto, según la cláusula primera del PCAP, *"el servicio de escucha activa en redes sociales y medios digitales sobre el turismo en Úbeda que permita la monitorización y supervisión de las conversaciones, en busca de menciones, comentarios, conversaciones, opiniones, preferencias y datos relativos a las cuentas de redes sociales del Ayuntamiento de Úbeda, así como de competidores u otros temas relevantes con el fin de medir el rendimiento de tales cuentas, así como su reputación, y detectar oportunidades de mejora, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia financiado al 100% por la Unión Europea- Next Generation EU.*

En concreto la prestación objeto del contrato es la siguiente:

• *Creación un Sistema de Inteligencia Turística, integral y modular, de captación y gestión de datos turísticos provenientes de redes sociales, con las características que se recogen en el Pliego de Prescripciones Técnicas".*



Asimismo, la solvencia técnica exigida en el mencionado lote viene recogida en la cláusula novena del PCAP en los siguientes términos:

“Declaración indicando el equipo técnico. Se exigirá un equipo que, como mínimo, esté formado por:

• Un Coordinador/a que deberá reunir los siguientes requisitos:

- Titulación Universitaria en Marketing e Investigación de mercado o equivalente.

- Experiencia acreditada en la gestión de al menos 4 proyectos relacionados con Power BI o similar e Integración de Redes Sociales, en los últimos 5 años.

El Coordinador actuará además como interlocutor con el Ayuntamiento.

• Un Técnico/a en Marketing e Investigación de mercado que deberá reunir los siguientes requisitos:

- Titulación Universitaria en Marketing e Investigación de mercado o equivalente.

- Experiencia acreditada de al menos 4 proyectos en gestión de redes sociales, en los 2 últimos años.

Este medio de solvencia técnica se acreditará, para ambos lotes, mediante:

a) Declaración responsable de la persona licitadora debidamente firmada, en la que constará la Relación de los miembros del equipo.

b) Declaraciones responsables de cada uno de los miembros integrantes del equipo de trabajo debidamente firmadas, a las que se acompañará:

- Título académico. En caso de haber cursado estudios en el extranjero deberá aportarse la documentación que acredite su homologación en España.

- Relación de la experiencia exigida acompañada de cuantos documentos, certificados, contratos de trabajo, etc. se consideren oportunos para su acreditación, ordenadamente relacionados y con referencia al documento numerado con el que se acredita cada extremo.

- Para acreditar el requisito del conocimiento del idioma inglés, se presentará el título oficial Nivel B2 o equivalente”.

Pues bien, la oferta de EMPATH fue propuesta para la adjudicación del lote 2, siéndole solicitada la documentación previa a la adjudicación. En lo que aquí interesa, entre la documentación presentada para acreditar su capacidad y solvencia, figuraba (i) el certificado de clasificación empresarial en el Grupo L, Subgrupo 03 y Categoría 1, (ii) una declaración responsable sobre personal técnico que se compromete a adscribir al contrato, (iii) las titulaciones universitarias de las personas propuestas y detalle de trabajos realizados y (iv) un anexo argumentando que las tareas a desarrollar en el lote 2 no son un campo de competencias que se adquieran específicamente y en exclusiva con la titulación universitaria de Marketing e Investigación de mercados exigida en el pliego o equivalente, pudiendo obtenerse, igualmente, a través de las titulaciones de las personas propuestas por la recurrente.

La mesa de contratación, tras el examen de la documentación, acordó la exclusión de la empresa con los argumentos antes expuestos, accionando la recurrente frente a dicho acto en los términos también señalados.

Pues bien, **el primero de los motivos** de impugnación pretende demostrar que la clasificación empresarial presentada en la licitación eximía a la recurrente de acreditar su solvencia técnica conforme al medio y criterio previsto en el pliego. Nos detenemos en el examen de este motivo.

El artículo 77.1 b) de la LCSP dispone que *“Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 87 y 90 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasifi-*



clación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002. (el subrayado es nuestro)

En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato (...).

En términos parecidos se pronuncia el artículo 11.3 del RGLCAP, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, cuyo tenor es el siguiente: “(...) Cuando el valor estimado del contrato de obras sea inferior a 500.000 euros, así como para los contratos de servicios cuyo objeto esté incluido en el Anexo II de este Reglamento, la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo de clasificación que en función del objeto del contrato corresponda, con la categoría de clasificación que por su valor anual medio corresponda, acreditará su solvencia económica y financiera y su solvencia técnica para contratar. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación, o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en los pliegos del contrato y en su defecto con los requisitos y por los medios que se establecen en el apartado 4 de este artículo.”

Asimismo, en el Anexo II del RGLCAP, también modificado por el Real Decreto 773/2015, se establece una tabla con “Correspondencia entre subgrupos de clasificación y códigos CPV de los contratos de servicios”. Para el Subgrupo L-3 en el que está clasificada la recurrente, los CPVs de correspondencia son:

CPV	Denominación.
79311210-2	Servicios de encuesta telefónica.
72313000-2	Servicios de recogida de datos.
79320000-3	Servicios de encuestas de opinión pública.
79342310-9	Servicios de encuesta a clientes.

Los CPVs de la contratación en liza son:

79342000 - Servicios de marketing.

72316000 - Servicios de análisis de datos.

No se da, pues, en el supuesto examinado, la correspondencia entre los CPVs del contrato licitado y el Subgrupo L-3 en que está clasificada la recurrente. No basta -como pretende la recurrente- la correspondencia en las primeras 4 y 5 cifras de los CPVs del contrato con los indicados en la tabla para el Subgrupo de clasificación L-3, sino que es necesaria la coincidencia de los CPVs en todos sus dígitos. Así, se desprende con claridad del artículo 77.1 b) del nuevo texto legal que se refiere textualmente a la correspondencia atendiendo al código CPV completo del contrato sin limitarlo a un número concreto de dígitos, a diferencia del artículo 90.1 a) del mismo texto legal que limita la correspondencia a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos para determinar la igual o similar naturaleza entre los servicios realizados y los que constituyen el objeto del contrato.



En el caso analizado, la falta de coincidencia total entre los CPVs que corresponden al subgrupo de clasificación de la recurrente y los CPVs del contrato licitado impide que la citada clasificación empresarial pueda sustituir al criterio y medio previsto en el PCAP para acreditar la solvencia técnica. En definitiva, no se da el presupuesto previsto en el artículo 77.1 b) de la LCSP para que la recurrente pueda acreditar su solvencia técnica mediante la clasificación empresarial obtenida y presentada en la licitación.

En los mismos términos se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 131/2022, de 25 de febrero.

Procede, en consecuencia, desestimar este primer motivo del recurso.

En un **segundo motivo** la recurrente esgrime desproporción y falta de eficiencia en la decisión de exclusión. Funda esta alegación en varios argumentos:

- Que, si bien las titulaciones del equipo propuesto no son idénticas a las exigidas en el pliego, deben considerarse equivalentes.
- Que la ejecución práctica de servicios idénticos a los que son objeto del contrato supone una indudable carga formativa para los miembros del equipo propuesto y que la experiencia cobra especial relevancia en este contrato.
- Que resulta incompatible con el principio de eficiencia la decisión de excluir.

La controversia versa, pues, sobre la equivalencia de los títulos de las personas propuestas por la recurrente con los exigidos en el PCAP para el equipo técnico. Así, el pliego exige la titulación universitaria en Marketing e Investigación de mercado a las dos personas que como mínimo deben conformar el equipo, mientras que los títulos de las personas propuestas por EMPATH, según se desprende de la propia documentación aportada en la licitación, son, de un lado, licenciatura en Publicidad y Relaciones Públicas y, de otro, graduada en Economía.

La recurrente reconoce que el órgano de contratación actuó dentro de su ámbito de discrecionalidad técnica al excluir a EMPATH y, en realidad, lo que le imputa es que no se haya considerado la experiencia acumulada por el personal propuesto en servicios que, a su juicio, son idénticos a los que constituyen el objeto del contrato. Según la recurrente, ello provoca desproporción en la decisión de exclusión.

Esta argumentación de la recurrente no puede acogerse por varios motivos:

1º) El PCAP es ley entre las partes y establece claramente las titulaciones exigidas al equipo técnico propuesto por los licitadores. Si la ahora recurrente no estaba de acuerdo con tales requisitos, pudo impugnar el pliego en su momento procedimental oportuno, no pudiendo tras su firmeza pretender una equivalencia entre títulos que ni siquiera defiende ni argumenta en el recurso. Ciertamente, al presentar la documentación en la licitación, aportó un escrito esgrimiendo las similitudes entre los programas educativos de la titulación prevista en el pliego y las titulaciones de las personas del equipo que propuso, a lo que respondió la mesa de contratación desestimando dicha equivalencia por las razones que han sido reproducidas al transcribirse en esta resolución el acuerdo de exclusión.

En cambio, ahora en vía de recurso, EMPATH no ataca aquellas razones esgrimidas por la mesa, ni vuelve a fundamentar dicha equivalencia; es más, acepta la discrecionalidad técnica del órgano de contratación al adoptar la exclusión y lo único que combate es su desproporción e incompatibilidad con el principio de eficiencia, apelando a la experiencia de su equipo en servicios, a su entender, idénticos a los que constituyen el objeto del contrato -al menos, en lo atinente a la persona que va a ejercer las funciones de coordinación-.



2º) La decisión de exclusión adoptada por la mesa argumenta ampliamente las razones por las que las titulaciones de las personas propuestas no se consideran equivalentes, sin que la recurrente haya impugnado tales razones; más bien al contrario, reconoce en esta materia un ámbito de discrecionalidad técnica sin esgrimir ni acreditar que se hayan superado los límites de dicha discrecionalidad.

En cualquier caso, como ya viene sosteniendo ampliamente la Jurisprudencia y recoge la Resolución 488/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales “(...) *el principio jurisprudencial de «libertad con idoneidad» no puede entenderse tampoco como una mera equivalencia entre profesionales basada en el hecho de que dentro del plan de formación de los respectivos estudios universitarios existan materias que puedan tener una relación directa con la prestación a ejecutar*”.

3º) No se aprecia desproporción en la exclusión por el hecho de que la mesa no haya valorado la experiencia del personal propuesto en servicios, a juicio de la recurrente, similares o idénticos a los que son objeto del contrato. El requisito de solvencia técnica establecido en el pliego exige titulación y experiencia al equipo técnico. No basta, pues, la experiencia para acreditar el nivel mínimo de solvencia previsto en la licitación. No ha sido, pues, desproporcionada la decisión de la mesa ni del órgano de contratación, sino coherente con el pliego; pues no puede la Administración fijar las condiciones de la licitación y después incumplirlas o relativizar su exigencia en su aplicación a un licitador o licitadores concretos.

Como reiteradamente venimos señalando en nuestras resoluciones (v.g. Resolución 632/2023), *“no cabe que el órgano de contratación se pueda apartar de las condiciones establecidas en los pliegos, por lo que no se aprecia infracción en esta actuación. Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que «Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*”.

4º) la alegación de vulneración del principio de eficiencia tampoco se fundamenta por la recurrente, ni hay razones para estimar dicha infracción una vez atendidos los argumentos anteriormente expuestos.

Con base en las consideraciones anteriores, el motivo debe ser desestimado y con él, el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMPATH DESIGN FACTORY S.L.** contra la resolución, de 26 de febrero de 2024, por la que se declara desierta la licitación respecto al **lote 2** del contrato denominado “Servicio de ejecución y seguimiento de las acciones de Inteligencia Destino Smart Data y Escucha Activa incluidas en el Plan de Sostenibilidad Turística en Destino del Ayuntamiento de Úbeda, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia financiado al 100% por la Unión Europea – Next Generation EU”, convocado por el Ayuntamiento de Úbeda (Expte. C2023/047).



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, en el lote 2, acordada mediante Resolución de este Tribunal de 15 de marzo de 2024

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

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.

