



EB 2024/159

Resolución 238/2024, de 20 de diciembre, 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 SOLER B MAK, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Servicios de peluquería, maquillaje y caracterización con origen Miramon sostenible medioambientalmente”, tramitado por EITB.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de septiembre 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 la empresa SOLER B MAK, S.L., (en lo sucesivo, SOLER) contra la adjudicación del contrato de “Servicios de peluquería, maquillaje y caracterización con origen Miramon sostenible medioambientalmente”, tramitado por EITB.

SEGUNDO: El mismo 25 de septiembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y 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 el 27 de septiembre de 2024.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 27 de septiembre, el 3 de octubre se presentaron alegaciones por IMAGENMANIA, S.L. (IMAGENMANIA), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de E.S.B., que actúa en nombre y representación de SOLER.

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, EITB, tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Según la cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), EITB debía haber comunicado el resultado de la valoración del Sobre C antes de la apertura del Sobre B para que pudieran exponer sus disconformidades. La falta de esta comunicación podría considerarse un incumplimiento del procedimiento legalmente establecido, lo que podría llevar a la nulidad de la resolución de adjudicación.

b) El Sobre C incluía una "Propuesta Creativa" con tres supuestos: (i) caracterizar a un modelo como Voldemort de "Harry Potter", (ii) transformar a una persona en "Drag Queen o Drag King" sin prótesis, y (iii) caracterizar a una joven de 25 años como presentadora de un debate de actualidad o de un magazín juvenil. Se muestra la disconformidad con la puntuación otorgada en los tres supuestos, que ha sido decisiva para la adjudicación, por los siguientes motivos:

(i) En el caso de Voldemort, se haya premiado a IMAGENMANIA por usar una prótesis facial del 50% para caracterizar al personaje, lo cual considera que excede el ámbito del servicio a concurso y que debería ser realizado por especialistas en efectos especiales. Asimismo, defiende su propuesta, que se basó en maquillaje y caracterización sin prótesis faciales, por entender que la inclusión de una prótesis tan grande desvirtúa el trabajo de caracterización. Por último, considera que la inclusión de elementos externos al ámbito del concurso distorsiona los resultados y vulnera el principio de obtener la mejor oferta en base a la mejor relación calidad-precio.

(ii) Para el supuesto de Drag Queen-King, argumenta que la valoración del comité técnico se basó en una interpretación errónea del concepto "Drag Queen-King", asociándolo a la feminidad, un aspecto que no estaba indicado en los criterios de valoración. Asimismo, defiende su propuesta,

que se centró en la exageración de los rasgos masculinos del modelo, sin recurrir a la feminización, considerando que la feminidad no es un criterio objetivo para este tipo de personaje.

(iii) Respecto de la propuesta creativa relativa a las Presentadoras de TV, argumenta que la redacción del pliego en este supuesto inducía a errores y que la puntuación de 0 puntos es desproporcionada. Consideran que, al menos, uno de los personajes podría haberse valorado como "media" o "básica". Además, solicita que se les otorgue un nuevo plazo para presentar su propuesta de forma correcta, considerando su experiencia previa en servicios similares para EITB.

c) Finalmente, y en consecuencia con lo manifestado, se solicita que se anule la adjudicación y se designe adjudicatario a la recurrente. Subsidiariamente, se retrotraiga el expediente al momento de la apertura del sobre relativo a los criterios sujetos a juicio de valor para que se puedan formular las alegaciones y sugerencias oportunas.

SÉPTIMO: Alegaciones de IMAGENMANIA

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos expuestos de forma resumida:

a) El poder adjudicador ha respetado todos los tramites procedimentales, incluido el de la apertura de los sobres, por lo que no se aprecia ilegalidad alguna.

b) En lo que se refiere a la propuesta creativa:

(i) En el primer supuesto (Caracterización de Voldemort), se ha valorado la propuesta de la alegante de conformidad con lo establecido en los pliegos y el uso de prótesis es habitual para lograr las más fidedignas adecuaciones a los personajes requeridos. En todo caso, para este supuesto no se prohibía el uso de prótesis o máscaras.

- (ii) En el caso de Drag Queen-King, la recurrente yerra al entrar en valoraciones sobre la femineidad, ya que la caracterización del personaje podía ser como Drag Queen o como Drag King a elección de los licitadores.
 - (iii) Respecto del supuesto referido a la presentadora de televisión, el pliego es claro y requería hacer una propuesta para transformar una joven de 25 años en dos tipos de caracterizaciones y la recurrente únicamente hizo una de ellas, por lo que no obtuvo puntuación por ser una propuesta incompleta.
- c) No procede el recálculo de puntuaciones efectuado por la recurrente sin justificación alguna.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

- a) La valoración de los sobres C antes de la apertura de los sobres B se realizó en cumplimiento de la normativa y los pliegos, con fines de transparencia e igualdad de trato entre licitadores. No corresponde a este trámite la apertura de un periodo de alegaciones.
- b) El recurso pretende sustituir la valoración técnica de la comisión por la opinión subjetiva de la recurrente. Las valoraciones de la comisión se enmarcan en la discrecionalidad técnica y son razonadas y razonables. Así:
 - (i) En lo que respecta a la caracterización de "Voldemort", el uso de prótesis se encuadra en el concepto de caracterización, como lo demuestra la propia oferta de la recurrente que hizo uso de ellas, la interpretación holística de los pliegos (en la caracterización de las Drag Queen-King no se permiten expresamente) y la consulta de fuentes especializadas. En definitiva, las manifestaciones de la recurrente son subjetivas y parciales.

- (ii) En la caracterización de "Drag Queen o Drag King", la exageración de la feminidad es un elemento inherente al concepto de Drag Queen, como lo reconoce la propia recurrente en su oferta técnica y se puede comprobar en fuentes como Wikipedia.
- (iii) En lo que se refiere a la caracterización de presentadoras de TV, la recurrente no presentó una propuesta completa para este supuesto, limitándose a solo uno de los maquillajes solicitados. Argumenta que los pliegos pudieron inducirle a error y que, al menos, merecía una puntuación parcial. Sin embargo, el texto del pliego es claro en cuanto a la acumulación de las transformaciones solicitadas. Por ello y en aplicación del principio de igualdad de trato, se ha otorgado una puntuación de 0 a la oferta de la recurrente, al igual que se hizo con la otra licitadora en un apartado similar, ya que no se respondía a todos los elementos solicitados. Por último, se señala que la solicitud de subsanación o aclaración de su error no ha sido aceptada, ya que supondría permitirle modificar su oferta después de conocer la de la otra licitadora, lo que le daría una ventaja injusta.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, los cuales no fueron objeto de impugnación en los plazos previstos para ello por lo que las partes han de estar a lo contenido en ellos. En concreto, las cláusulas del PCAP relevantes para las cuestiones planteadas en el recurso son las siguientes:

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: **Propuesta creativa.**
Ponderación: **27 puntos – 9 puntos por cada supuesto**

La valoración y puntuación se asignará en atención a:

- a) Dominio de la técnica de peluquería, maquillaje y caracterización utilizada teniendo en cuenta el contexto televisivo para el que son requeridas.*
- b) Adecuación de la propuesta creativa de maquillaje, peluquería y caracterización al tipo de perfil de personaje o presentador solicitado.*
- c) Resultado final de la propuesta en términos de ejecución, naturalidad, efecto, durabilidad, efecto en cámara, etc..*

(...)

ANEXO IV.1

OFERTA PARA CUYA EVALUACIÓN SE REQUIERE EFECTUAR UN JUICIO DE VALOR

De conformidad con los criterios de valoración fijados en el apartado **22.2.1** de las Cláusulas Específicas del Contrato, los candidatos deberán incluir en el **SOBRE C** una propuesta que se ajuste al siguiente contenido y orden:

- Denominación documento: **Propuesta Creativa.**
Criterio al que se asocia: **Propuesta Creativa.**

Información o datos que se han de incluir en el documento:

De acuerdo con lo previsto en el presente pliego los licitadores deberán elaborar y presentar una propuesta creativa (peluquería, maquillaje y caracterización) en la que desarrollen los elementos que a continuación se detallan. Esta deberá estar debidamente documentada con fotografías y descripción de las técnicas a realizar y deberán incluir un antes y un después del/a modelo.

Asimismo, la propuesta creativa, deberá ser defendida en el lugar y fecha que la EC anuncie en el perfil de contratante, por los responsables del servicio que la empresa propone para su prestación.

- **Primer supuesto:** Propuesta creativa de maquillaje y caracterización para transformar a una o un modelo en el personaje Valdemort de la película "Harry Potter", interpretada por Ralph Fiennes, intentando replicar al personaje y las características físicas y óseas del actor.



- **Segundo supuesto:** Propuesta creativa de peluquería, maquillaje y caracterización para transformar a una persona en DRAGQUEEN O DRAGKING, que implique modificar la fisionomía y rasgos naturales sin emplear prótesis alguna.
- **Tercer supuesto:** Propuesta creativa de peluquería, maquillaje y caracterización para transformar una joven de 25 años en:
 - Presentadora de un debate de actualidad dirigido a un tarjet de 45 o más edad
 - Presentadora de un magazine juvenil

En síntesis, el recurso se fundamenta en la incorrecta aplicación del criterio de adjudicación relativo a la propuesta creativa que debían presentar los licitadores.

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

La recurrente discute la valoración y la asignación de la puntuación realizada en el informe técnico. Es decir, se trata de rebatir la valoración que ha efectuado el poder adjudicador de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

A este respecto, debe recordarse que, como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, la Resolución 7/2021), en virtud de la discrecionalidad técnica el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, 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 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 209/2019 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 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.

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios 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 lo siguiente:

- 1) El recurrente quiere sustituir el juicio imparcial y experto del informante técnico por el suyo propio, necesariamente parcial e interesado, no solo en la selección del material valorado o en la apreciación de las ventajas de cada oferta, sino también en la atribución de las puntuaciones, lo que no es admisible. Debe recordarse que la discrecionalidad técnica comprende también la facultad del poder adjudicador de seleccionar los elementos más significativos de la oferta que muestran sus fortalezas y debilidades para emitir sobre ellos los juicios valorativos debidamente motivados (ver, por ejemplo, la Resolución 182/2021 del OARC / KEAO).
- 2) En el informe técnico consta el juicio u opinión sobre el contenido de las ofertas que vincula los materiales analizados y las puntuaciones otorgadas a cada una de las proposiciones. Así, el informe valorativo expresa los juicios que le merecen al informante los diversos aspectos de cada una de las ofertas analizadas por cada criterio y se comparan las ofertas y se describen las diferencias existentes entre ellas, lo que se estima determinante a la hora de calificar las proposiciones y, en consecuencia, de otorgar las puntuaciones a las licitadoras. En este sentido, se observan en dichos apartados expresiones o locuciones

como “se obtienen muy buenos resultados, aciertan en la transformación del modelo, muy buen ejercicio de transformación, no consiguen rentabilizar al máximo la feminización de los rasgos del modelo, el trabajo de peluquería es muy bueno, etc.”. Asimismo, que el informe destaque las diferencias de las ofertas en la caracterización de la nariz de Voldemort como el rasgo más llamativo de su fisonomía o el mayor o menor grado de feminidad logrado en el caso de las Drag resulta del todo razonable para determinar las diferencias de puntuación. Finalmente, debe resaltarse el hecho de que el recurrente ha obtenido más puntuación que el otro licitador en 4 de los 6 criterios sujetos a juicio de valor, ha empatado en uno y ha tenido una menor puntuación en el que impugna, lo que, por sí mismo, no es suficiente para acreditar que la actuación del órgano de contratación haya sido ajustada a derecho, pero sí constituye un indicio, ciertamente significativo, de que no se ha pretendido beneficiar a la otra licitadora en perjuicio de la recurrente, y de que no se ha vulnerado, *a priori*, el principio de igualdad de trato en contra de ella.

- 3) Por otro lado, debe descartarse que la valoración del uso de prótesis en mayor o menor medida para la caracterización de Voldemort suponga una infracción del fondo parcialmente reglado del criterio, pues la descripción del supuesto en el pliego no lo impide, como sí lo hace en la caracterización de las Drag Queen-King. Además, el argumento utilizado por la recurrente es incongruente con su proceder, pues, aunque no utilizó prótesis para ocultar la nariz, sí lo hizo en otras zonas del rostro.
- 4) El mismo reproche procede realizar contra el argumento utilizado por la recurrente sobre la valoración de la feminidad en la caracterización de las Drag Queen. Además de ser un aspecto socialmente asumido y asociado a tales caracterizaciones y, por tanto, perfectamente valorable en el criterio, la propia recurrente hace mención de ello en su propuesta cuando señala que “Esta transformación va desde los rasgos masculinos que posee el modelo hasta los estándares de belleza que un rostro femenino puede tener”. Es decir, SOLER ha buscado un aspecto femenino o de feminidad como

objetivo de la transformación, lo que hace decaer por sí misma su razón argumentativa, pues él mismo considera este rasgo como una de las características de la caracterización.

- 5) Respecto a la no valoración del supuesto referido a la presentadora, debe descartarse la supuesta oscuridad o ambigüedad en la descripción de la propuesta, pues resulta claro que la transformación debía plantearse para ambos casos al no constar la conjunción disyuntiva “o”. En todo caso, si a la recurrente se le plantearon dudas al respecto, debió haber realizado las oportunas consultas al poder adjudicador que permite el artículo 138 LCSP. Tampoco es aceptable la solicitud de subsanación de la oferta, pues implicaría facilitar información nueva sobre un aspecto de la oferta y que esta información constituya la base sobre la que se evalúa el criterio de adjudicación. Esta actuación equivaldría a conceder a uno de los licitadores la oportunidad de recomponer los datos de su oferta (ver en este sentido la Resolución 102/2021 del OARC / KEAO), lo cual constituye una negociación de los términos de la oferta contractual, y esta posibilidad se halla terminantemente prohibida en el procedimiento de adjudicación abierto (art. 156.1 de la LCSP). Finalmente, ha de señalarse que no procede admitir la alegación de la valoración parcial en este tercer supuesto como pretende la recurrente por haber hecho una caracterización de las dos requeridas, puesto que sería contrario a la actuación que en estos casos ha mantenido el poder adjudicador de otorgar 0 puntos en los criterios cuando su cumplimiento es incompleto y que refleja una igualdad de trato a todos los licitadores, como puede observarse en la valoración dada a la adjudicataria en el criterio 1.3 Gestión de Servicio.
- 6) En definitiva, y a la vista de que no se acredita que el ejercicio de la discrecionalidad por el poder adjudicador haya rebasado los límites que la constriñen, el motivo impugnatorio debe desestimarse; en particular, no se prueba que haya habido arbitrariedad o infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1.1 de la LCSP), al margen de discrepancias sobre los aspectos valorados, ni que se haya

infringido el fondo parcialmente reglado de un criterio sujeto a juicio de valor.

b) Sobre la posible nulidad del procedimiento

Al respecto, debe rechazarse la pretensión de nulidad parcial del procedimiento que de manera subsidiaria plantea la recurrente por no haberse concedido a los licitadores un plazo entre la apertura del sobre C y el B para presentar alegaciones al informe técnico, pues dicha petición no se encuentra amparada por ninguna disposición legal.

c) Conclusión

A la vista de lo anteriormente expuesto, procede la desestimación íntegra del recurso.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial presentado por la empresa SOLER B MAK, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Servicios de peluquería, maquillaje y caracterización con origen Miramon sostenible medioambientalmente”, tramitado por EITB.

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 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 abenduaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de diciembre de 2024