

**Recurso 231/2024**  
**Resolución 285/2024**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 19 de julio de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TELFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios avanzados y complementarios del SAT”, respecto del lote 5, (Expte. CONTR 2023 0000537050), convocado por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (ASSDA), entidad adscrita a la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad y a la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 20 de julio de 2023 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea 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. El valor estimado del contrato asciende a 73.498.256,88 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.

El 20 de junio de 2024, tuvo lugar decimoquinta sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda la exclusión de la oferta presentada por la entidad **TELFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.** respecto del lote 5.

El órgano de contratación dictó, el 1 de julio de 2024, resolución en la que ratifica el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de 20 de junio de 2024.

**SEGUNDO.** El 1 de julio de 2024, se presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TELFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.**, (en adelante **TELFÓNICA** o la recurrente) contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, de 20 de junio de 2024, respecto de su oferta al lote 5.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente remitida, previa reiteración, por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal, en los días 5, 8 y 12 de julio de 2024.

Con fecha 5 de julio de 2024, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento respecto del lote 5, solicitada por la recurrente mediante la Resolución MC.77/2024.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo concedido para ello las presentadas por la entidad TUNSTALL IBERICA, S.A.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

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 respecto del lote 5.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión acordado en un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro, según consta en el anuncio de licitación y demás documentación contenida en el expediente de contratación, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

Sobre esta cuestión, la entidad interesada TUNSTALL IBERICA, S.A. argumenta que el recurso está incorrectamente interpuesto por lo que a su juicio procedería su inadmisión, en este sentido manifiesta que la mesa de contratación no emite un acto susceptible de recurso lo que se demuestra con el hecho de que posteriormente el órgano de contratación emitió una resolución por la que ratifica la exclusión. Sin embargo, dicha afirmación no puede ser aceptada por este Tribunal en tanto que el artículo 326.2.a) de la LCSP establece como competencia de las mesas de contratación: *«La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación»*. Por lo que, en definitiva, como se ha indicado, se debe concluir que el recurso se ha interpuesto contra un acto susceptible de impugnación.

### **CUARTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial.**

El recurso que se examina se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión



Europea, financiado por NEXT (MRR- Next Generation EU), con una tasa de cofinanciación del 60 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, dado que el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia, señala que *«Los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan frente a los actos y decisiones dictados en relación con los contratos a que se refiere este artículo tienen carácter de urgentes y gozan de preferencia absoluta ante los respectivos órganos competentes para resolver»*, y el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que tendrán preferencia siempre que *«se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos»*.

#### **QUINTO. Plazo de interposición.**

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

#### **SEXTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento.**

Con objeto de centrar el objeto del debate procede reproducir aquellas actuaciones realizadas en el procedimiento de adjudicación que conllevaron a la exclusión de la proposición de la recurrente respecto del lote 5.

En primer lugar, procede reproducir la parte del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en concreto su apartado 4.B del anexo I en el que se establecen los criterios y medios para la acreditación de la solvencia técnica. En el que se establece, además de otros, el siguiente requisito: *«las licitadoras deberán aportar fotografías y una descripción técnica y funcional del portal de análisis de datos y los sensores a suministrar, cumpliendo en todo caso las prescripciones mínimas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas»*.

Sobre este particular en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) establece lo siguiente al referirse al lote 5 de la licitación: *«Este lote se confecciona así respondiendo a los criterios de compatibilidad que lo justifican, a saber: estos sensores deben ser compatibles al 100% de sus funcionalidades con los dispositivos domiciliarios GSM - IP empresa Tunstall Ibérica S.A, modelo LifeLine Digital a instalar en las viviendas de las personas usuarias, pues de esta forma se asegura la interoperabilidad entre los sensores y los dispositivos. La unidad domiciliaria enviará los datos obtenidos de los sensores a un portal, el cual debe tener una API que permita la integración con terceros»*.

Más adelante se establecen las características técnicas obligatorias del sensor de movimiento y del sensor de apertura de puertas, en lo que aquí interesa se exige para ambos lo siguiente: *«El sensor y los accesorios necesarios para su funcionamiento deberán de cumplir la normativa europea y española en vigor para cada uno de ellos. En particular se exige, respecto a la justificación de que la actuación no cause impactos negativos significativos al Medio Ambiente, que los equipos utilizados cumplan con los requisitos relacionados con el consumo energético establecidos de acuerdo con la Directiva 2009/125 / CE, y que no contengan las sustancias restringidas enumeradas en el anexo II de la Directiva 2011/65 / UE. Asimismo, se exige el marcado CE correspondiente en los productos suministrados y cumplimiento de la norma UNE 158401 2019 para dispositivos periféricos asociados a la tecnología domiciliaria. Se deberá presentar certificado por cada uno de ellos o, siempre que la norma lo permita, certificación de un laboratorio acreditado o un autocertificado»*.



Pues bien, la mesa de contratación propuso la adjudicación del lote 5 del citado contrato a favor de la entidad recurrente en sesión octava celebrada el 25 de marzo de 2024 y procede a requerirle posteriormente la documentación previa a la adjudicación, mediante requerimiento de 10 de abril de 2024. En el citado requerimiento se indica que la entidad debía aportar *«fotografías y una descripción técnica y funcional del portal de análisis de datos y los sensores a suministrar»*, en el sentido exigido en el PCAP y anteriormente reproducido. Asimismo, se exige lo siguiente: *«A estos efectos deberá aportar las fotografías y descripciones indicadas, y también dos sensores de movimiento y dos sensores de apertura de puerta, acompañados de las instrucciones para el envío de la información al portal, los protocolos de comunicación y la frecuencia vía radio de los mismos, con objeto de comprobar de forma eficiente el cumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas»*.

El 17 de mayo de 2024, se emite informe técnico sobre la documentación previa a la adjudicación presentada por la recurrente, en el mismo tras el análisis de la citada documentación se llegan a las siguientes conclusiones: *«no se puede concluir que los sensores y la documentación aportada se adecuan a lo prescrito en el Pliego de Prescripciones Técnicas, viendo necesario para continuar el proceso, el solicitar la siguiente documentación:*

- *Del portal de gestión: documentación técnica y funcional para verificar el cumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas.*
- *De los sensores:*
  - *Documentación técnica y funcional de los sensores en el que se indiquen el cumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas.*
  - *Instrucciones para la comprobación del 100% de la compatibilidad, tanto del sensor de puertas como el de movimiento, con la unidad domiciliaria. Así como la entrega de un sensor de cada tipo si procede, con objeto de realizar dichas comprobaciones conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas».*

En sesión decimosegunda, celebrada el 29 de abril de 2024, la mesa de contratación procede a analizar la documentación que había sido presentada por la recurrente a la vista del informe técnico de 17 de mayo y acuerda conceder, previo el oportuno requerimiento, plazo de subsanación a TELEFÓNICA.

En respuesta al requerimiento de subsanación la recurrente presenta un documento en el que se incluyen diversas manifestaciones, entre ellas, se nombra a la entidad suministradora IERTEC SMART TECHNOLOGIES, S.L. (en adelante IERTEC) de los productos ofertados por la recurrente, sobre lo anterior se indica lo siguiente:

*«De conformidad igualmente con lo trasladado a mi representada por IERTEC, mediante la documentación técnica aportada queda probada la completa compatibilidad de los sensores ofertados con el sistema Lifeline Digital de las unidades domiciliarias.*

*En base a las consultas realizadas verbalmente y mediante correo electrónico, donde nuestro proveedor IERTEC ha solicitado en repetidas ocasiones los protocolos de comunicaciones, comandos y formato de los datos, insistiendo en que sin dicha información no es factible acceder al sistema ni conectar a los sistemas propietarios de Tunstall, y según contestación recibida de la ASSDA y publicada en el perfil del contratante –señalando la ASSDA que esa información es “confidencial” y el protocolo es propietario de Tunstall-, quedamos a disposición de la Mesa y el órgano de contratación para proceder como mejor consideren, en caso de que vean necesario ampliar las comprobaciones de compatibilidad entre los sensores y los equipos actuales de Tunstall, una vez que sean facilitados a mi representada los protocolos propietarios de comunicación de la manera más adecuada posible a nuestro ordenamiento.*

*En este sentido, mi representada ha contactado con Tunstall interesándose por los protocolos propietarios de comunicación –protocolos que, según los pliegos y contratos publicados, por los que Tunstall suministraba sensores de la unidad domiciliaria a la ASSDA, debían ser cedidos a ésta con anterioridad a la formalización del contrato, para posibilitar su integración en proyectos con dispositivos complementarios, en su caso de terceras entidades, en el ámbito del Servicio Andaluz de Teleasistencia -recibiendo como respuesta del Director General España- Tunstall,*



*que la petición de acceso a sus protocolos carecía de sustento jurídico al no haberse resuelto el expediente de contratación que nos ocupa.*

*Conclusión: Mi representada acredita el criterio de solvencia técnica acumulativo al anterior, consistente según PCAP en la aportación de fotografías y una descripción técnica y funcional del portal de análisis de datos y los sensores a suministrar, cumpliendo todo ello las prescripciones mínimas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas».*

El 29 de mayo de 2024, se emite informe técnico de los servicios del órgano de contratación con ocasión de la documentación presentada por la recurrente en sede de subsanación. En el citado informe, entre otras cuestiones se concluye lo siguiente: *«Los sensores presentados junto con el requerimiento de fecha 10 de abril de 2024 no se han podido emparejar y por tanto, no se ha podido demostrar la compatibilidad con la unidad domiciliaria. Así, la documentación aportada de los sensores y la argumentación realizada sobre la necesidad del portal o aplicación del fabricante Tunstall para poder emparejar los sensores con la unidad domiciliaria no se considera documentación técnica suficiente para subsanar el requerimiento realizado, pues un sensor compatible con la unidad domiciliaria LifeLine Digital no requiere de dicho portal o aplicación».* En el informe se concluye que la oferta presentada no sería viable desde el punto de visto técnico.

El 6 de junio de 2024, tuvo lugar sesión decimocuarta de la mesa de contratación en la que se analiza la documentación presentada por la recurrente en sede de subsanación, así como el contenido del citado informe técnico de 29 de mayo. En la misma se considera que en tanto que el requerimiento anterior de subsanación adolecía de la concreción de determinados extremos se ha de conceder nuevo plazo para que el recurrente aporte *«los protocolos de comunicación de los sensores (implementados en nuevas muestras de los mismos)».*

Nuevamente, en el plazo concedido la entidad TELEFÓNICA presenta escrito de manifestaciones en el que en síntesis sobre la cuestión de los protocolos y la compatibilidad realiza la siguiente afirmación: *«Los sensores objeto de nuestra oferta son compatibles con los dispositivos domiciliarios LifeLine Digital de Tunstall y, una vez que se nos faciliten sus protocolos propietarios (por Tunstall o, en su caso, por la ASSDA), pueden implementarse en dichos sensores; al igual que ahora se han implementado otros protocolos en las nuevas muestras tras recibirse este requerimiento, tal y como luego se dirá –la implementación de los protocolos propietarios de Tunstall, además, podría realizarse en un periodo equivalente al que ahora se ha requerido para ello-».*

Asimismo, en el citado documento se realiza la siguiente argumentación con relación a las circunstancias en las que suponía, de acuerdo con el principio de buena fe, que licitaba la entidad recurrente: *«Por un lado, al señalar la ASSDA que la información sobre estos protocolos era confidencial, la compatibilidad requerida en el PPT iba a ser analizada precisamente desde esa óptica: es decir, desde el hecho de que, el acceso a la información confidencial, está regulado y requiere autorización expresa de su propietario. Y, que dicha autorización, no puede ser exigible a los licitadores con carácter previo a la formalización del contrato, tratándose de protocolos legalmente protegidos, sobre los que su titular puede otorgar o no autorización –sin perjuicio de lo que se dirá en el punto siguiente-. De ser exigible para la licitación, dicho titular se convertiría en el verdadero decisor sobre la concurrencia y las empresas susceptibles de ser admitidas o no en este procedimiento, en lugar del órgano de contratación. Más aún, considerando que el titular de los protocolos propietarios, Tunstall, ha resultado ser uno de los licitadores a este mismo Lote, entre otros.*

*Por otro lado, que los protocolos propietarios debían ser cedidos por Tunstall a la ASSDA con anterioridad incluso a la formalización del correspondiente contrato, información que se desprende de la lectura de anteriores pliegos y contratos publicados, y adjudicados por la ASSDA a Tunstall para el suministro de dispositivos LifeLine Digital u otros modelos similares. En esos contratos, Tunstall acepta incluso la cesión de dichos protocolos a una tercera entidad –siempre bajo las obligaciones de confidencialidad necesarias, y respecto a una tercera entidad que efectivamente ya hubiera resultado adjudicataria de un contrato de suministro de sensores como el que nos ocupa-.*



*En todo caso, lo que puede desprenderse de esos contratos, es que la ASSDA también podría estar en posesión de esos protocolos propietarios, y que por tanto podría facilitarlos o ponerlos a disposición de este contrato».*

El 19 de junio de 2024, se emite informe técnico de los servicios del órgano de contratación con ocasión de la documentación presentada por la recurrente en sede de subsanación. Entre otras cuestiones se *concluye «al no poderse emparejar ninguna de ellas con la unidad domiciliaria LifeLine Digital, no queda demostrada la compatibilidad requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas».* En este sentido se indica: *«Por tanto, esta jefatura entiende a la luz de la información disponible que la oferta presentada no sería viable desde el punto de vista técnico».*

El 20 de junio de 2024, tuvo lugar sesión decimoquinta de la mesa de contratación en la que se analiza la documentación presentada por la recurrente en sede de subsanación, así como el contenido del citado informe técnico de 19 de junio. En el contenido del acta de la sesión se recoge la siguiente argumentación: *«a la vista del contenido del informe de la Jefatura de Telesistencia y la manifestación reiterada en la mesa de la falta de acreditación de la compatibilidad por parte del vocal que representa en la misma a la Jefatura de Telesistencia y la propia responsable de dicha unidad, presente en la sesión, la afirmación de que la oferta presentada no sería viable desde el punto de vista técnico no puede sino llevar al acuerdo de exclusión del procedimiento de TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA».* Asimismo, en el acta se refleja el voto particular de la representante de la Intervención General que manifiesta: *«Se emite voto particular en contra de la decisión de la mesa de excluir del procedimiento a la entidad TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., por no estar de acuerdo con la interpretación de los pliegos realizada durante el transcurso de esta licitación. Es decir, que a la vista de los hechos puestos de manifiesto en los sucesivos informes técnicos emitidos por la Jefatura de Telesistencia, a juicio de esta vocal, la verificación del requisito de compatibilidad al 100% de sus funcionalidades con los dispositivos domiciliarios GSM-IP empresa Tunstall Ibérica S.A., modelo LifeLine Digital, contenido en el apartado 5 del PPT, debiera haberse realizado en fase de ejecución del contrato, y no en fase de licitación».* En definitiva, la mesa de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente indicando lo siguiente: *«a la vista de que, según la documentación aportada, incumple el criterio de solvencia técnica o profesional contemplado en el apartado 4 B 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por no quedar acreditada la satisfacción del requisito de compatibilidad establecido en el apartado 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas».*

Pues bien, este acuerdo de exclusión es el acto que, como se ha indicado, impugna la recurrente.

## **SÉPTIMO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.**

### **1. Alegaciones de la recurrente.**

Se opone al acuerdo de exclusión de su oferta con relación al lote 5. En primer lugar, manifiesta que concurrió con otros dos licitadores a los lotes 4 y 5 del contrato, cuyo objeto es el *«suministro y servicios de sensores compatibles»*, indica que basó su oferta en los sensores a suministrar por una empresa andaluza del sector tecnológico, IERTEC, procediendo dichos sensores de fabricantes internacionales. En este sentido manifiesta que sus sensores no proceden de TUNSTALL IBÉRICA S.A. (en adelante TUNSTALL o la entidad interesada), que también -argumenta- es fabricante de este tipo de dispositivos, además de proveedor y licitador en este y otros procedimientos de contratación del ámbito del Servicio Andaluz de Telesistencia.

La recurrente tras reproducir los hechos acaecidos en el procedimiento y en concreto en lo relativo al requisito de compatibilidad entre los suministros que componen su oferta con los dispositivos domiciliarios GDM-IP de la empresa TUNSTALL IBERICA, S.A. modelo LifeLine Digital a instalar en las viviendas de las personas usuarias, manifiesta en su escrito de impugnación aludiendo a lo que indicó durante el procedimiento de contratación y



que ha sido anteriormente reproducido, lo siguiente: «se ponía de manifiesto, no solo que Tunstall no había facilitado a la ASSDA los protocolos, para posibilitar la integración de dispositivos complementarios como los sensores facilitados por mi representada, sino que Tunstall tampoco accedía a facilitárselos a Telefónica para que la ASSDA pudiera comprobar materialmente la compatibilidad con los sensores ofertados, dando a entender que se facilitarían tras la adjudicación, que es el sustento jurídico que tendría Telefónica para disponer de los protocolos a efectos de conectar los sensores. Apuntamos ya al nudo gordiano de la cuestión sometida a la consideración del Tribunal: o la ASSDA dispone de los protocolos con anterioridad a la comprobación de los sensores de Telefónica, como en principio recogía su contrato con Tunstall para el suministro de las unidades domiciliarias, con el objeto precisamente de hacer posible la conexión con dispositivos complementarios; o Tunstall facilita esos protocolos cuando el contrato ya se ha adjudicado. En el primer caso, la ASSDA debe facilitarlos a Telefónica para poder hacer la comprobación, a lo que la ASSDA, como ahora se verá, se negaba alegando que es información confidencial y un software propietario de Tunstall, yendo así contra sus propios actos. En el segundo caso, si Telefónica no debe acceder a esos protocolos hasta ser adjudicataria del contrato (lo que sería el sustento jurídico de su acceso), entonces la comprobación de la compatibilidad es una labor que debe llevarse a cabo en la fase de ejecución del contrato, como sostiene la Interventora de la Mesa de Contratación».

Alude a una consulta realizada el 14 de agosto de 2023 en el perfil de contratante, en el que plantea la siguiente cuestión: «En los lotes 4 y 5 del pliego publicado se hace referencia a sensores compatibles con el modelo LifeLine Digital de Tunstall Ibérica S.A. Con el fin de poder facilitar sensores compatibles con este modelo, necesitamos conocer en detalle los siguientes aspectos, que de no estar disponibles, imposibilita ofertar los lotes relacionados ya que el fabricante, con quien hemos intentado contactar, no los facilita» entre otras cuestiones: «Protocolo de comunicaciones, comandos y formato de los datos» la recurrente indica que a la citada consulta se le respondió: «información es confidencial, ya que el periférico debe comunicarse con una unidad domiciliaria que tiene protocolos propietarios». Asimismo, indica que preguntó sobre los «Requisitos de los sensores para incorporarlos a la plataforma del fabricante (Identificadores, campos específicos, tipologías y otros parámetros críticos)» a lo que el órgano de contratación respondió «Esta información es confidencial, ya que el periférico debe comunicarse con una unidad domiciliaria que tiene protocolos propietarios».

Alega que tras estas respuestas recibidas por el órgano de contratación solicitó a su proveedor (IERTEC) «unos sensores que pudieran generar esa compatibilidad con los protocolos de comunicación de los dispositivos domiciliarios de Tunstall; en el convencimiento de que, al señalar la ASSDA que la información sobre estos protocolos era confidencial, la compatibilidad requerida en el PPT a los sensores de los licitadores a los Lotes 4 y 5, se requeriría partiendo precisamente de esa confidencialidad: esto es, si el acceso a la información confidencial está regulado en nuestro ordenamiento, precisándose con carácter general autorización expresa de su propietario (Tunstall, en este caso), es evidente que, dicha autorización (y, por extensión, el acceso a esos protocolos y datos confidenciales de la plataforma del fabricante), no puede ser una de las exigencias para la adjudicación de estos contratos, so pena de dejar entonces dicha adjudicación al arbitrio del propietario de la información confidencial (Tunstall); quien además incurriría en un evidente conflicto de intereses, al ser ella misma uno de los tres licitadores a esos lotes, y que a fecha de este escrito es el candidato propuesto como adjudicatario del Lote 5 tras el Acuerdo de exclusión de mi representada. Asimismo, y como no podía ser de otra manera, mi representada concurría al procedimiento, por tanto, con unos sensores plenamente “compatibles”, dotados de capacidad de adaptación, potencial de comunicación, y flexibilidad técnica, a saber:

- Nuestro sensor puede cargar y utilizar cualquier protocolo de comunicación.
- Aunque el sensor aún no tenga el protocolo específico cargado, puede hacerlo fácilmente.
- Esta capacidad de cargar el protocolo necesario, garantiza que el sensor podrá comunicarse con el dispositivo una vez configurado adecuadamente».



Asimismo, manifiesta que se puso en contacto con TUNSTALL mediante correo electrónico, aporta documento en el que parece constar tanto el citado correo como la respuesta de la entidad, que resume -la recurrente- de la siguiente forma: «(i) el suministrador de los dispositivos domiciliarios con protocolos de comunicación propietarios, a la vez (ii) el licitador descartado (por ser su oferta, la tercera clasificada) en ambos Lotes, y simultáneamente (iii) tenía la posibilidad y, a nuestro juicio, la obligación de facilitar a Telefónica, el acceso a los protocolos para llevar a cabo la comprobación de la compatibilidad de los sensores ofertados por Telefónica con los dispositivos domiciliarios de la propia Tunstall».

La recurrente manifiesta que entendía que el acceso a los protocolos se produciría en caso de la adjudicación del contrato, tanto a través de TUNSTALL como del propio órgano de contratación, puesto que de los pliegos de la anterior licitación como de otros similares puede desprenderse a su juicio que: «(i) con la oferta, debía cumplimentarse y entregarse un compromiso de cesión de protocolos a la ASSDA antes incluso a la formalización del correspondiente contrato, siempre en el ámbito de su implementación en dispositivos complementarios propiedad del Servicio Andaluz de Teleasistencia; y que, (ii) con los contratos entre la ASSDA y Tunstall, se materializaba dicha cesión, alcanzando incluso a terceras entidades que debieran implementarlos (ya en calidad de contratistas de la ASSDA, por tanto), entre otros en proyectos que involucraran a dispositivos suministrados en el ámbito del Servicio Andaluz de Teleasistencia, “comprometiéndose asimismo TUNSTALL IBÉRICA, S.A. a suscribir el correspondiente contrato de cesión de los protocolos con el tercero en cuestión y con la Agencia”».

Sobre los requerimientos para que presentara los protocolos implementados en los sensores objeto del suministro, manifiesta que: «esto es, ante todo debían ser los protocolos propietarios de Tunstall, pues es evidente que solo éstos permiten un emparejamiento con los dispositivos LifeLine Digital de Tunstall y al mismo tiempo cumplen con dicha frecuencia. En teoría, los dispositivos de Tunstall, podrían utilizar, para emparejarse, protocolos no propietarios (abiertos), pero en tal caso también sería necesario saber qué protocolos tienen instalados los dispositivos domiciliarios de Tunstall, y esta información también sería confidencial, pues no está disponible públicamente, y no ha sido identificada por Tunstall, ni por la propia ASSDA».

La recurrente argumenta sobre lo anteriormente mencionado: «En consecuencia, al no adaptarse los dispositivos de Tunstall a los protocolos de nuestros sensores (fuesen abiertos o propietarios); y, al no poder adaptarse nuestros sensores a los protocolos de Tunstall (por no poder conocerlos), es evidente que ese emparejamiento pleno, por mucho que se intentara en 10 ocasiones según el último Informe y el Acuerdo, no se puede dar. Ahora bien, que no se diera dicho emparejamiento, o que no se emitiera por tanto la locución “operación exitosa”, en ningún caso puede entenderse como indicativo de “no haber quedado demostrada la compatibilidad” de nuestro sensor con la unidad domiciliaria de Tunstall».

Sobre esta cuestión concluye manifestando lo siguiente: «Por todo lo expuesto, de admitirse esta exclusión, se estaría admitiendo de facto una suerte de sistema monopolístico, donde Tunstall bien es el adjudicatario de estos contratos, bien elige quién lo es, según los acuerdos alcanzados. Es decir, al impedir a mi representada el acceso a los protocolos de sus dispositivos para esta licitación y, por extensión, al impedir la acción material del emparejamiento entre los sensores de nuestra propuesta y sus dispositivos, está impidiendo el desarrollo de la competencia por parte de terceros (en este caso, mi representada y su socio en Andalucía para este contrato), o incluso un encarecimiento de los precios, efecto típico de un régimen monopolístico (nótese que, precisamente, la de Tunstall es la única oferta no incurso en presunción de anormalidad, frente a las de Vodafone o Telefónica), en detrimento de la ASSDA o, mejor dicho, del interés público. Pese a ello, la ASSDA basa su decisión de exclusión en no conocer otra compatibilidad que no sea la de ese emparejamiento, sin reconocer que, para ese emparejamiento, es imprescindible disponer de los protocolos identificados por Tunstall (propietarios o, en su caso, otros), y que éstos y el propio Tunstall, limitan por tanto las posibilidades de contratar ofertas técnicamente viables como la de mi representada. Una exclusión por este motivo solo puede considerarse ilógica y arbitraria, contraria a los propios



*actos de la Administración al definir los propios pliegos e, incluso, la incompatibilidad entre Lotes, por mor asimismo de principios fundamentales en los procedimientos de contratación pública, como la igualdad de trato, transparencia, y no discriminación entre licitadores».*

La recurrente argumenta que el incumplimiento se encuentra referido a un criterio de solvencia técnica, en el que se indica que se aportarán: *«fotografías y una descripción técnica y funcional de los dispositivos/detectores a suministrar en cada lote, que incluya la enumeración de todos los protocolos implementados en los dispositivos/detectores ofertados según lotes»* sin embargo, argumenta que no se ha cumplido en tanto que la ASSDA no le ha facilitado los citados protocolos. Con relación a la aportación de muestras afirma que está previsto en el artículo 89.1.e) la posibilidad de que sean solicitadas pero que atendiendo a la doctrina sobre la cuestión -cita diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y de este Órgano- pero indica que dicha exigencia debe ser proporcional y no discriminatoria, por lo que argumenta: *«la verificación de dichas muestras basada en el emparejamiento pleno entre sensores y dispositivos de Tunstall, debería hacerse, necesariamente, estando al alcance de todo licitador los protocolos de comunicación de Tunstall. Sin embargo, si la verificación en fase de licitación se hace exigiendo ya el emparejamiento que solo esos protocolos permiten, realmente estaríamos ante un criterio de solvencia que, de nuevo, se revela discriminatorio y no proporcional en su comprobación posterior. De ahí que, si no es posible llevar a cabo en este momento una verificación con dichos protocolos, la única opción no discriminatoria y proporcional, implica diferir la verificación en la que sí sea exigible un emparejamiento con esos protocolos, a la ejecución del contrato».*

Por todo lo anterior, considera que la mesa de contratación debió apartarse de forma motivada de los citados informes técnicos y proceder a su adjudicación. Por este motivo solicita que se acuerde por este Tribunal la nulidad de la exclusión, para que la mesa de contratación tenga por cumplido el requisito de solvencia técnica recogido en el apartado 4B 2 del PCAP, quedando acreditada la satisfacción del requisito de compatibilidad establecido en el apartado 5 del PPT, para que sea reintegrada en el procedimiento y en la adjudicación y formalización del contrato.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se opone al recurso interpuesto realizando diversas alegaciones. En primer lugar, menciona los antecedentes de hecho relativos a la tramitación del expediente. Con relación al fondo de la cuestión controvertida, divide el informe en distintos apartados, que identifica con los principales argumentos incluidos en el recurso:

### 2.1. Los sensores presentados a la licitación y entregados como muestras para su validación, son compatibles.

Argumenta el órgano de contratación que en el PPT se establece el requisito de compatibilidad de la siguiente forma: *«estos sensores deben ser compatibles al 100% de sus funcionalidades con los dispositivos domiciliarios GSM - IP empresa Tunstall Ibérica S.A.»*. Afirma que dicha compatibilidad se solicita por dos motivos: *«El parque de dispositivos LifeLine Digital adquiridas en la actualidad supone un total de más de 105.000 unidades, siendo Tunstall en el momento de realización de esta licitación la única suministradora de dispositivos con tecnología GSM-IP.*

*• El expediente CONTR 2023 537050 está financiado por los fondos MRR. De esta forma, la celeridad motivado por los plazos de cumplimiento de estos fondos justifica que estos sensores se soliciten con la compatibilidad requerida en el PPT con los dispositivos LifeLine Digital».*

El órgano de contratación manifiesta que en la presente licitación con el objeto de conseguir: *«el éxito de la ejecución de los fondos MRR se ha solicitado, como así permite el PCAP, la verificación de la compatibilidad descrita*



por las dos empresas propuestas tanto para el lote 4 (VODAFONE) como para el lote 5 (TELEFÓNICA). Así, el Pliego de Cláusulas Administrativas, en su apartado 4. B. SOLVENCIA TECNICA O PROFESIONAL contempla la posibilidad de que la Mesa de Contratación pueda solicitar muestras para evaluar el correcto cumplimiento de los requisitos establecidos en el PPT».

Afirma que: «El Pliego de Prescripciones Técnicas exigía claramente que los sensores ofertados debían ser en el momento de la presentación compatibles al 100% de sus funcionalidades con los dispositivos domiciliarios, exigencia justificada debido a que este dispositivo es el que se preveía instalar en más de 100.000 domicilios de las personas usuarias del Servicio Andaluz de Telesistencia cuando se publicó este expediente de contratación.

TELEFÓNICA en todo momento basa su argumento en que sus sensores, como son interoperables y tienen capacidad de incorporar cualquier protocolo necesario, son por consiguientes compatibles con lo exigido en el PPT, pero hay que considerar que el “ser capaz” no es lo que el pliego requería, sino “ser compatible” en el preciso momento de presentación de oferta.

Esto es importante justificarlo por la naturaleza de la licitación, dado que se trata de Fondos Next Generation, en un volumen muy elevado y en unos plazos sumamente reducidos, por lo que la Agencia no puede correr el riesgo de adjudicar a una entidad que por muy capaz que supuestamente pudiera ser, luego no implementara lo necesario en tiempo y forma incumpliendo con la ejecución de los Fondos Next. En este sentido, hay que tener presente que cualquier implementación de este tipo requiere no solo su proceso de fabricación, sino también de sus correspondientes pruebas de validación y despliegues de pruebas en entornos iniciales controlados que conlleva un tiempo no disponible para esta licitación.

Así, hay una contradicción en la argumentación del escrito de TELEFÓNICA, en cuánto que a lo largo del recurso defiende su compatibilidad y es en el último párrafo de la página 13 dónde reconoce que tras la incorporación del protocolo necesario y su correspondiente comunicación o emparejamiento, completaría esa compatibilidad para la ejecución del presente contrato».

2.2. Los protocolos propietarios de comunicación deberían ser cedidos o facilitados a TELEFÓNICA para comprobar la compatibilidad de sus sensores.

En síntesis, el órgano de contratación manifiesta que: «la solicitud del protocolo de comunicación solicitada por parte de TELEFÓNICA a la ASSDA no es pertinente, pues la agencia no puede cederlos sin un acuerdo a tres partes que lo permita. Dicho acuerdo (NDA) solo son posibles si está especificado en los pliegos de la contratista cedente a otra contratista y por los motivos que se indican en el correspondiente PPT. En este escenario no se cumple ninguno de los dos supuestos, pues TELEFÓNICA solo está en el proceso previo a la adjudicación y ninguna posibilidad de cesión actual permite ceder los protocolos para los sensores de este expediente».

El órgano de contratación alude a expedientes de contratación anteriores en los que se habría procedido de la misma forma.

2.3. Las pruebas de validación que han motivado su exclusión no son válidas dado que se han utilizado medidas de comprobación que no son correctas.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación resalta que es él quien determina las necesidades de la licitación, dado que conoce perfectamente sus necesidades y que tiene la capacidad de determinar qué tipo de pruebas son las convenientes y necesarias para demostrar el correcto cumplimiento de lo establecido en pliego y las entidades licitadoras. Argumenta: «Así lo que refleja el recurso es que TELEFÓNICA, en el momento de presentación de oferta, hizo una interpretación errónea de qué se entiende por “compatible” y teniendo la posibilidad de solicitar las aclaraciones oportunas en el periodo permitido para ello pero no lo estimó necesario».



2.4. En el caso de que las pruebas de validación determinadas por ASSDA fueran correctas, se limitaría la concurrencia.

Viene a argumentar el órgano de contratación que se trataría de una afirmación sin fundamento dado que, según afirma, el lote 4 que es idéntico en su totalidad al lote 5 fue adjudicado a otra entidad *« que nada tiene que ver con el fabricante propietario de esos protocolos y que además ha presentado unos dispositivos totalmente compatibles de un fabricante distinto»*.

Por todo lo anterior, solicita que el recurso sea desestimado.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, la entidad interesada se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

En síntesis, manifiesta: *«La oferta presentada por TELEFÓNICA no cumple con las prescripciones técnicas exigidas por los Pliegos dado que los sensores suministrados no son compatibles con los equipos domiciliarios ya instalados. De hecho, la propia actora es consciente e incurre en el involuntario error de reconocerlo en su propio recurso»*. Sobre esta cuestión argumenta: *«La realidad es que lo que la actora pretende es criticar y reinterpretar las exigencias técnicas de los pliegos consciente de que su oferta no cumple con ellos. Esa es la única y verdadera impugnación que se sostiene en los recursos interpuestos; esto es, la de cuestionar la validez de las exigencias técnicas sobre la base de una argumentación que cuestiona su capacidad de cumplimiento.*

*Sin embargo, todo ello choca frontalmente con la propia realidad del proceso de contratación que revela, entre otras cuestiones, como ante situaciones idénticas, otros licitadores sí han podido acreditar su solvencia técnica en idéntica situación (como ha sucedido en el lote 4 de este mismo Contrato, del que fue adjudicataria VODAFONE), o la capacidad de TELEFÓNICA de presentar una oferta con una bajada de precio sobre lo previsto en los pliegos de más del 40%»*.

La entidad interesada viene a manifestar que la recurrente plantea una impugnación indirecta de los pliegos. En este sentido alega lo siguiente: *«lo realmente impugnado son las prescripciones técnicas del pliego en tanto exigen una compatibilidad al 100% con los equipos domiciliarios ya instalados, y todo ello, por considerar que podrían resultar contrarios al artículo 126.1 de la LCSP por restringir la competencia»*. Alude a que el adjudicatario del lote 4 cuyo objeto es idéntico al objeto de la controversia sí ha podido presentar dispositivos compatibles. Afirma que la entidad adjudicataria del lote 4: *«ni dispone de tales protocolos por contratos anteriores ni ha alcanzado un acuerdo con mi representada, tampoco sería factible pues TELEFÓNICA habría podido subsumir el coste de la adquisición dentro del precio del Contrato»*.

Sobre esta cuestión manifiesta: *«En el presente caso, incluso en el supuesto de que los Pliegos hubiesen exigido solo los sensores del fabricante Tunstall la licitación no habría dejado por ello de ser ajustada a derecho, puesto que cualquier compañía podía haber suministrado igualmente tales dispositivos y no solo el propio fabricante, ya que no tiene restringida la venta de tales equipos»*. En este sentido concluye que no cabe al recurrir el acto de exclusión argumentar la nulidad de los pliegos no recurridos.

La entidad interesada manifiesta que el hecho de los breves plazos para la ejecución del contrato por su financiación con fondos Next Generation provocaron que en esta licitación no se exigiera la interoperabilidad, la cual puede entrañar la necesidad de su implementación con sus correspondientes pruebas de validación y



despliegues de pruebas en entornos iniciales controlados, algo con lo que el órgano de contratación no podía contar.

Argumenta que el PCAP exigía la presentación de muestras lo que a su juicio evidencia la correcta actuación del órgano de contratación en este sentido manifiesta: *«No estamos, tal como pretende plantear la actora ante la “verificación de los requisitos técnicos en ejecución de contrato”, sino ante la exigencia de capacidad técnica como requisito para la adjudicación. De hecho, la propia resolución citada de adverso (Resolución del TARCJA 214/2020, de 18 de junio) no hace sino confirmar este razonamiento, puesto que, como ha quedado expuesto, no estamos ante meras exigencias del PPT sino que han sido configuradas expresamente como requisitos de acreditación de capacidad técnica de los licitantes, siendo, en consecuencia, requisitos mínimos para participar en la licitación».*

Por todo lo anterior, solicita también la desestimación del recurso interpuesto.

#### **OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.**

Expuesto lo alegado por las partes, procede examinar ahora el núcleo de la controversia que consiste en analizar si fue correcta la actuación de la mesa de contratación al considerar que los suministros incluidos en la oferta de la entidad propuesta como adjudicataria no cumplían con los requisitos exigidos en el PCAP de acuerdo con las características técnicas establecidas en el PPT motivo por el que excluyó su proposición del procedimiento de contratación.

Pues bien, se ha de partir de la regulación establecida en el PCAP rector de la presente licitación, ya que en el apartado 4 de su anexo I, se establecen como anteriormente se ha reproducido los requisitos de capacidad y solvencia para cada uno de los lotes que componen el objeto del contrato, en concreto, para el lote 5 se establecen como requisito de solvencia técnica que los licitadores aporten entre otras cuestiones los sensores a suministrar y se añade que los mismos deben cumplir las prescripciones técnicas establecidas en el PPT. Dicha previsión, en principio, se encuentra en consonancia con el artículo 89.1.e) de la LCSP que establece como medio de acreditación de la solvencia técnica: *«Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad contratante».*

En el PPT, se establece al definir el objeto del lote 5 la necesidad de que los suministros: *«deben ser compatibles al 100% de sus funcionalidades con los dispositivos domiciliarios GSM - IP empresa Tunstall Ibérica S.A, modelo LifeLine Digital a instalar en las viviendas de las personas usuarias».*

De forma muy sintetizada, como se ha venido indicando la recurrente viene a manifestar que en tanto que ni el fabricante del dispositivo ni el órgano de contratación les ha facilitado los medios para poder configurar el suministro propuesto de forma que se pueda demostrar la compatibilidad, que afirma tienen sus dispositivos ofertados, la comprobación de la citada compatibilidad exigida en los pliegos se deberá de hacer en fase de ejecución del contrato y no de forma previa a la adjudicación.

Por otro lado, tanto el órgano de contratación como la entidad interesada argumentan que la recurrente lo que plantea es una impugnación indirecta de los pliegos en tanto que los mismos exigirían la citada compatibilidad de forma previa a la adjudicación por lo que si la recurrente no impugnó en su momento los pliegos ahora se debe atener a su contenido de conformidad con el artículo 139.1 de la LCSP.

Pues bien, el órgano de contratación diferencia la compatibilidad de la interoperabilidad argumentando que debido a los plazos reducidos para la ejecución del contrato al estar financiado con fondos europeos, las muestras exigidas debían permitir la verificación de la capacidad de comunicarse o conectar con los dispositivos



de TUNSTALL antes de la adjudicación del contrato, dado que otra interpretación, la que se derivaría de la interoperabilidad, conllevaría realizar determinadas actuaciones de implementación que demorarían la ejecución del contrato y que podrían conllevar a que no se pudiera ejecutar en el plazo previsto.

Sin embargo, resulta cierto a la vista de todo lo argumentado por las partes que no se le facilitó a la recurrente en fase de adjudicación la información necesaria para que pudiera demostrar que sus suministros son compatibles con los dispositivos domiciliarios existentes, dado que como argumentan tanto la recurrente, como el órgano de contratación y la interesada parece que la cesión de dicha información quedaría demorada a un momento posterior a la adjudicación del contrato, dada que la misma -el protocolo de comunicación, entre otras cuestiones- tendría naturaleza confidencial.

Lo anterior nos lleva a inferir a que, en principio, si bien en el PCAP se exige la presentación de muestras y que las mismas deben cumplir con lo exigido en el PPT -que los suministros sean compatibles con el dispositivo domiciliario existente- en los pliegos no se facilita la información que pueda permitir a un licitador demostrar que sus suministros son compatibles, dado que la misma es confidencial. Lo anterior, nos lleva a concluir que como viene a alegar la propia TUNSTALL la recurrente tendría que haber adquirido a ella -TUNSTALL- como fabricante de los dispositivos los suministros, única forma en principio de que hubiera podido asegurarse la aludida compatibilidad. Asimismo, se alega que la otra entidad VODAFONE sí pudo presentar dispositivos compatibles, pero no se especifica de forma afirmativa como ello fue posible o de donde obtuvo la información necesaria, solo se indica de forma negativa que la entidad no presenta dispositivos del citado fabricante ni tiene un acuerdo con el mismo. Además, se da la circunstancia de que la propia fabricante de dichos dispositivos es licitadora de la presente licitación y tiene un claro interés en resultar adjudicataria.

Es decir, que siguiendo las alegaciones del órgano de contratación y de la entidad interesada al estar firmes los pliegos no cabe interpretarlos de otra forma que no sea que se debían presentar muestras previas a la adjudicación que se conectaran directamente con los dispositivos domiciliarios de TUNSTALL, aunque en los pliegos no se facilite la forma en que sea posible dicha conexión, puesto que la misma es confidencial. Esta solución es claramente restrictiva de la competencia, pues supone que los mismos hayan de adquirirse al citado fabricante, sin existir en la documentación rectora de la licitación justificación para ello o al menos no ha sido alegada su existencia en el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación. Por otro lado, como indicamos, no ha trascendido en el expediente como pudo la entidad VODAFONE presentar suministros que demostraran la compatibilidad, dado que como todas las partes reconocen los datos para realizar dicha conexión son de carácter confidencial y la propia entidad interesada manifiesta no habérselos cedido. En definitiva, este Tribunal concluye que dicha interpretación de los pliegos resulta claramente restrictiva como se ha indicado, resultando una interpretación amplia y favorecedora de la competencia, la que defiende la recurrente, que se resume en trasladar la demostración de la compatibilidad una vez que les sea facilitado e incorporado el protocolo de conexión.

En este sentido, la definición de compatible del Diccionario de la Real Academia Española es la siguiente: «*Dicho de una persona o de una cosa: Que puede estar, funcionar o coexistir sin impedimento con otra. Dos aparatos compatibles*». Es decir, que los suministros de la recurrente serán compatibles siempre que puedan funcionar con los dispositivos domiciliarios de TUNSTALL, cuestión que este Tribunal considera que en fase de licitación no ha podido ser objeto de comprobación debido a que el propio órgano de contratación no ha facilitado la información suficiente para que el licitador pudiera demostrar que sus suministros son compatibles, por lo que dicha comprobación debería realizarse en fase de ejecución del contrato como indicó la persona representante de la Intervención General de la Junta de Andalucía en la decimoquinta sesión de la mesa de contratación. Dicha interpretación resulta, efectivamente, la más acorde con los principios que rigen la contratación pública



preconizados en su artículo 1 de la LCSP y entre los que se encuentra el de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

De lo anterior, este Tribunal concluye que la interpretación del pliego que realiza el órgano de contratación perjudica claramente en este caso a la recurrente, al plantear un requisito de cumplimiento, en principio imposible, dado que no ha facilitado los medios -el protocolo- para que la misma se pueda demostrar, amparándose dicha medida de carácter restrictivo de la competencia en la premura por la financiación de los fondos europeos, sin que exista justificación para ello que quede reflejada en el propio expediente de contratación, o al menos el órgano de contratación no lo indica en su informe y este Tribunal no la ha podido hallar. Como indicamos, dicha interpretación restrictiva no es la única posible, y sin embargo la realizada por el órgano de contratación ha perjudicado a quien no ha causado la confusión en su redacción, es decir, a los licitadores. En este sentido, las cláusulas de los pliegos deben ser claras y precisas y no deben generar confusiones a los licitadores a la hora de fórmulas sus ofertas.

De acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia -SSTS de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 y de 13 de mayo de 1982-, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del código Civil sobre interpretación de los contratos, cuyo artículo 1288 preceptúa que *«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad»*.

Este Tribunal se ha pronunciado en tal sentido en numerosas resoluciones, siendo una de las primeras, después citada en otras posteriores, la Resolución 123/2013, de 16 de octubre, donde se señalaba que *«En el supuesto examinado, lo dispuesto en el precepto citado del Código Civil (artículo 1288) impide dar razón a la Administración cuando señala que la mesa de contratación, al acordar la exclusión de la recurrente y de otros licitadores, ha realizado una interpretación integradora de la literalidad de las cláusulas de los pliegos, por cuanto éstos generan, como mínimo, confusión respecto a la obligación o no de consignar en la oferta económica el valor de la hora ordinaria y esa oscuridad, ambigüedad o contradicción provocada por la Administración redactora de los pliegos nunca puede perjudicar a los licitadores que participan en el procedimiento.»*

Cuando, como en el presente supuesto, la interpretación de las cláusulas de los pliegos plantea dudas, antes de proceder a la exclusión de la oferta, opción más gravosa para la licitadora, cabe realizar una interpretación lógica de estas y entender que en tanto que el órgano de contratación no ha facilitado toda la información para que se pueda comprobar si el suministro presentado por la recurrente es o no compatible se habrá de comprobar en fase de ejecución una vez que se le faciliten los protocolos y la información necesaria para que se pueda realizar la conexión entre los dispositivos, es decir, se habrá de aplicar la doctrina general sobre el cumplimiento del PPT como causa de exclusión.

Tal solución como pretende la recurrente es conforme con la doctrina del principio antiformalista, recogido ampliamente por la jurisprudencia, y acorde con el principio de y de proporcionalidad y el de selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Partiendo de esta premisa, ha de hacerse referencia al principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia europea -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/ UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no



deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, y 213/2020, de 18 de junio, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”*.

Por otro lado, no cabe dar la razón a la recurrente cuando invoca la Resolución 214/2020, de 18 de junio, de este Órgano, pues en la misma tras analizar el supuesto planteado se comprobó que la oferta de la recurrente incumplía manifiestamente determinadas prescripciones técnicas del PPT, a diferencia del presente supuesto en el que el cumplimiento o incumplimiento no se ha podido verificar por el órgano de contratación dado que no se ha facilitado a la entidad recurrente la información suficiente para que se pueda comprobar si sus suministros cumplen o no con el requisito de compatibilidad.

En este sentido, debemos recordar nuestra doctrina sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, que se encuentra recogida en la Resolución 67/2024, de 9 de febrero:

*«A fin de clarificar la cuestión controvertida, debemos recordar nuestra doctrina sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, expuesta en varias Resoluciones, entre otras, en la Resolución 214/2020, de 18 de junio: “Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio.*

*(...)*

*Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado. En cuanto al informe de valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, hemos señalado reiteradamente que es un acto discrecional sujeto a la doctrina jurisprudencia de la discrecionalidad técnica».*

Aplicando la doctrina expuesta al caso concreto, a la vista de lo expuesto y de las alegaciones formuladas por el órgano de contratación y por la entidad interesada, no puede asegurarse que la oferta de la adjudicataria incumpla clara y expresamente la cláusula 3, lote 5, apartado 1, del PPT antes transcrito.

Por otro lado, esta interpretación es la más acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, en este sentido se invoca la Sentencia Roj: STS 4369/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4369, de 29 de noviembre de 2021, que sintetiza la postura del alto Tribunal sobre esta cuestión de la siguiente forma:

*«De lo declarado en estos párrafos que acabamos de transcribir de la sentencia 429/2021, de 24 de marzo (casación 5570/2019), en particular de su fundamento jurídico cuarto, destacamos ahora las siguientes consideraciones:*

*\* El artículo 84 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001 enumera los supuestos que permiten al órgano de contratación excluir una proposición: si la propuesta no concuerda con la documentación examinada y admitida, si excede del presupuesto base de licitación, si varía sustancialmente el modelo establecido, o si incurre*



*en un error manifiesto en el importe de la proposición o el licitador reconoce que su propuesta adolece de error o inconsistencia que la hacen inviable.*

*\* Cabe entender también que procede ese rechazo si la oferta del licitador es contraria al PPT, que es de obligado cumplimiento, o si la propuesta es contradictoria consigo misma, sin que para apreciarlo haya que esperar a la ejecución del contrato (cfr. la sentencia de la misma Sección Cuarta 404/2021, de 22 de marzo (casación 4334/2019).*

*\* Una propuesta es admisible para su valoración aun cuando en ella el licitador no haga expresa referencia a ciertos aspectos del contenido del PPT, pues se parte de la presunción legal de que ha aceptado incondicionalmente los pliegos por el hecho de presentar la oferta tal y como prevé el artículo 145.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

*\* En cada caso habrá que determinar que la no reiteración de lo previsto en el PPT como conjunto de exigencias técnicas de obligado cumplimiento no implica una propuesta que las desconozca o que las incumpla.*

*Pues bien, no apreciamos la necesidad de completar, matizar ni aclarar las consideraciones que acabamos de reseñar».*

En este sentido en la citada sentencia tras analizar pronunciamientos anteriores y la postura sobre esta cuestión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se concluye que: *«Pues bien, esa conclusión a que llega la Sala de instancia, derivada del examen de los datos y circunstancias concurrentes en el caso y de lo establecido en las cláusulas por las que se rige el contrato al que se refiere la controversia, resulta enteramente conciliable y respetuosa con la jurisprudencia que antes hemos reseñado, en la que, como hemos visto, se interpretan de manera estricta, o, si se prefiere, restrictiva, los supuestos que permiten al órgano de contratación excluir una proposición; y también concuerda con esa otra línea jurisprudencial a la que antes hemos aludido, relativa a la vertiente subjetiva del concurso, en la que se pone de manifiesto que tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el plano de la legislación interna se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos».* Considerando que se debe interpretar con carácter restrictivo las causas exclusión de un licitador por un supuesto incumplimiento de una cláusula del PPT.

Por todo lo anterior, procede la estimación del motivo de recurso al considerar este Tribunal que no fue correcta la exclusión de la recurrente por los motivos anteriormente argumentados dado que debió considerar que la comprobación del cumplimiento de la compatibilidad de los suministros debía de ser comprobada en fase de ejecución una vez que le sea facilitado a la recurrente la información necesaria para que sea demostrada la citada compatibilidad de los suministros ofertados.

Finalmente, respecto de las alegaciones de la recurrente sobre la adjudicación y formalización del contrato procede mencionar que no cabe un pronunciamiento al respecto dadas las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los órganos de contratación que competen a este Tribunal.

#### **NOVENO. Consecuencias de la estimación del presente recurso.**

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo, de 20 de junio de 2024, de la mesa de contratación por el que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente, respecto al lote 5, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación, a admitir a la recurrente al procedimiento con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios avanzados y complementarios del SAT”, respecto del lote 5, (Expte. CONTR 2023 0001102320), convocado por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad y a la Consejería de Salud y Consumo; y, en consecuencia, anular el citado acuerdo a fin de que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho noveno de la presente resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal mediante Resolución MC77/2024, de 5 de julio de 2024.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

