

**Recurso 310/2024**  
**Resolución 375/2024**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 6 de septiembre de 2024.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TUNSTALL IBERICA, S.A.**, contra la resolución del órgano de contratación de adjudicación, de 31 de julio de 2024, del contrato denominado “Servicios avanzados y complementarios del SAT”, respecto del lote 5, (Expte. CONTR 2023 537050), 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 de suministro 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 1 de julio de 2024, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 20 de junio de 2024, de exclusión de su oferta respecto del lote 5. Dicho escrito de impugnación dio lugar al expediente de recurso RCT231/2024 que ha sido resuelto por Resolución 285/2024, de 19 de julio, de este Tribunal por la que se estimó el recurso interpuesto y se acordó la anulación del acto impugnado, para que el órgano de contratación procediera a admitirla en el procedimiento.

El 31 de julio de 2024, el órgano de contratación dictó resolución por la que acuerda la adjudicación del contrato, respecto del lote 5, a favor de la entidad TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., la misma fue remitida a la entidad recurrente y publicada en el perfil de contratante, ese mismo día, 31 de julio de 2024.

**SEGUNDO.** El 9 de agosto de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TUNSTALL IBERICA, S.A., (en adelante TUNSTALL o la recurrente), contra la citada resolución de adjudicación, de 31 de julio de 2024, respecto del lote 5. Además, la recurrente solicita en su escrito de impugnación el acceso al expediente de contratación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Tribunal.

La Secretaría del Tribunal, concedió a la recurrente, el 19 de agosto de 2024, acceso parcial al expediente de contratación solicitado. Al respecto, el día 26 de agosto de 2024, TUNSTALL, dentro del plazo establecido para ello presenta en el registro electrónico del Tribunal escrito de ampliación del recurso inicial, el cual fue remitido para su informe al órgano de contratación, habiéndose recibido el mismo en el Tribunal.

Por último, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas al recurso interpuesto y posteriormente a la ampliación del mismo, habiéndose recibido las presentadas por la entidad TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, TELEFÓNICA o la adjudicataria), respectivamente, el día 23 de agosto y 3 de septiembre de 2024.

## **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.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, pues su eventual estimación le situaría en condiciones de obtener la adjudicación.

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

El recurso se interpone se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y que ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.



## **QUINTO. 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»*.

## **SEXTO. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.**

Con carácter previo al estudio de la controversia procede reproducir las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento necesarias para centrar el objeto del debate.

El 18 de diciembre de 2023, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se declara que la oferta TELEFÓNICA se encuentra incurso en presunción de anormalidad y se acuerda requerirle que justifique la viabilidad de su oferta. El requerimiento le fue efectuado a la recurrente el 9 de enero de 2024, en el mismo se procede a reproducir parcialmente el contenido del artículo 149.4 y se le solicita que *«justifique y desglose el bajo nivel del precio ofertado para llevar a cabo el objeto de esta contratación conforme a las circunstancias anteriormente indicadas»*.

La citada entidad presentó la documentación justificativa que fue analizada en el informe técnico de viabilidad, de 16 de febrero de 2024, (en adelante informe de viabilidad). En el mismo tras realizar un análisis de la documentación aportada se concluye lo siguiente: *«(...) 4. CONCLUSIONES.*

*Una vez analizada la información aportada por la empresa, desde la Jefatura firmante se hace constar, que la empresa realiza su argumentación basándose principalmente en los acuerdos obtenidos con sus proveedores, disponer de la necesaria infraestructura, sinergias en la operación de soluciones similares y en la experiencia en proyectos similares y de gran envergadura.*

*Sin embargo, como ya se ha expuesto en el presente informe desde esta jefatura se insta a la entidad a una justificación detallada en relación a las siguientes consideraciones.*

*Teniendo en cuenta que la justificación de los costes que la entidad ha expuesto han sido realizados en base al suministro estimado en los pliegos, se hace necesario una descripción detallada que contemple el incremento del número de pack o conjuntos de sensores hasta agotar el presupuesto de licitación y cómo este escenario repercute en los costes de los servicios.*

*Es por ello, que para garantizar la viabilidad del contrato, se les solicita justificar detalladamente la viabilidad económica de la oferta presentada en base a la cifra final a suministrar, a los distintos servicios a prestar, teniendo en cuenta el incremento de los mismos hasta agotar el presupuesto máximo de licitación. Así, se deberá cuantificar las actuaciones a ejecutar, incluyendo el servicio de “la garantía in situ”.*



*Por tanto, en aras a justificar el cumplimiento del contrato, esta jefatura entiende que respecto al informe de justificación de oferta anormalmente baja y a la luz de la argumentación disponible ha sido insuficiente para realizar una valoración objetiva, es por ello de la petición de información complementaria”».*

En sesión celebrada el 19 de febrero de 2024, la mesa de contratación a la vista del contenido del informe de viabilidad acuerda solicitar documentación justificativa complementaria a la entidad TELEFÓNICA.

Constan en el expediente requerimiento de documentación adicional a TELEFÓNICA, en los siguientes términos: «.- Por lo que hace a la garantía in situ, que se describe en el apartado 5.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, esa entidad ha ofertado una ampliación del plazo hasta el máximo previsto para la misma de 5 años, sin embargo en la documentación aportada no se contiene referencia alguna al coste que dicha garantía representa, más aún con la ampliación de plazo ofertada y la manera de hacer frente al mismo, por lo que se solicita información adicional que resulte explicativa de este coste e incluya su cuantificación.

*.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Anexo I apartado 1: objeto del contrato) contempla que el número de unidades podrá aumentarse con respecto a las indicadas en caso de obtenerse un precio inferior al presupuestado como consecuencia de la baja ofrecida para las personas licitadoras hasta agotar dicho presupuesto en caso de que las necesidades de la Agencia así lo requiriesen, tanto para los suministros como para los servicios de todos los lotes (a excepción del lote nº1).*

*En el mismo sentido, tras la determinación del presupuesto de licitación correspondiente al lote 5, el PCAP establece: “Si los precios unitarios de adjudicación resultasen inferiores a los de licitación, la ASSDA podrá incrementar el número de unidades hasta agotar el presupuesto de licitación”.*

*A la vista de la baja que representa la oferta de esa entidad se hace necesario una información adicional que tenga en cuenta el incremento de suministros y servicios que aquella va a permitir de manera que se justifique la viabilidad de la oferta más allá de las estimaciones de ambos, en un escenario de agotamiento del presupuesto máximo».*

La entidad presentó documentación adicional justificativa que es analizada en el informe complementario de viabilidad de 15 de marzo de 2024, en el que se llega a las siguientes conclusiones: «Una vez analizada la información complementaria aportada por la empresa, desde la Jefatura firmante se hace constar, que la empresa realiza una exposición suficiente a las cuestiones requeridas, en tanto que argumenta que:

- Los acuerdos obtenidos con sus proveedores les permite ofrecer precios muy competitivos así como ofrecer garantías de calidad y robustez de los sensores a suministrar, y de los servicios de garantía asociados.
- Experiencia y “Know-how” en este tipo de contratos.

*Ratifica la oferta presentada y su viabilidad, trasladando la ejecución del proyecto objeto del contrato con todas las garantías y calidad exigidas en el pliego, aún en el escenario de agotamiento de presupuesto.*

*Por tanto, esta jefatura entiende a la luz de la información disponible que la oferta presentada sería viable tanto desde el punto de vista económico como técnico». En este sentido la mesa de contratación en la citada sesión acuerda proponer la aceptación de la oferta al órgano de contratación.*

La aceptación de la oferta de TELEFÓNICA es acordada mediante Resolución, de 8 de abril de 2024, del órgano de contratación. Pues bien, desde una perspectiva material esta aceptación es el acto impugnado por la recurrente.

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

### 1. Alegaciones del recurrente.

Articula su escrito de impugnación mediante varios motivos de recurso que se proceden a reproducir de forma resumida a continuación:



1.1. La resolución impugnada es contraria a los artículos 133 y 149 de la LCSP y a la cláusula 10.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en relación con los principios de legalidad, no arbitrariedad, igualdad, libre competencia e inalterabilidad de las ofertas, así como con el apartado 8 del anexo I del PCAP, toda vez, afirma, que la justificación aportada por telefónica fue insuficiente y no permitía acreditar la viabilidad económica de su oferta.

La recurrente argumenta que a la vista de los defectos detectados en el informe de viabilidad la mesa de contratación debió proponer la exclusión de su oferta y no requerir documentación complementaria. Dado que en la justificación: «a) *No contemplaba el incremento del número de packs o conjuntos de sensórica hasta agotar el presupuesto de licitación*», «b) *no incluía el servicio de la garantía in situ*».

Argumenta que al darle la mesa de contratación otra oportunidad para presentar la documentación justificativa se estaría conculcando los principios de igualdad y libre competencia. Alude a varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que avalarían la postura que defiende y la Sentencia de 3 de noviembre de 2021 [JUR2021\370934], de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. De las que se extrae la siguiente conclusión: «*la Mesa de Contratación debe realizar un único requerimiento a las entidades que se encuentren en un supuesto de bajada anormal y que serán éstas, ante tal requerimiento, quienes deberán justificar el precio ofertado ofreciendo en ese momento el nivel de detalle oportuno que permita acreditar, con la aportación de documentación u otro tipo de prueba si fuese necesario, la viabilidad de la oferta*».

En su escrito de ampliación tras el trámite de vista de expediente la recurrente manifiesta que se confirman sus argumentos. En este sentido alega que del contenido del informe de viabilidad de 16 de febrero de 2024 se tuvo que proceder a la exclusión y no a dar una segunda oportunidad para que TELEFONICA presentara nueva documentación justificativa, dado que se deduce que la entidad no tuvo en cuenta el número total de «*packs sensórica*» a suministrar a la hora de justificar su oferta, teniendo en cuenta que se reinvertirá el sobrante de la licitación en la instalación adicional de packs ni «*detalló, ni describió, ni cuantifico los servicios objeto del contrato descritos en el PPT*».

1.2. La estructura de costes de la oferta de TELEFÓNICA, pretende fraudulentamente el falseamiento de los criterios de valoración y adjudicación fijados en los pliegos a efectos de determinar cuál debe de considerarse la oferta más ventajosa.

Manifiesta que en la oferta de TELEFONICA la partida de servicios por retiradas, y la de servicios de analítica avanzada de datos, se ofrecen a un precio, IVA excluido, de 0,01 euros precio que, evidentemente, no cubre los costes de esos elementos. Afirma que el análisis de la escasa información disponible permite acreditar que la estrategia de precios seguida por TELEFÓNICA constituye un fraude a los criterios de adjudicación previstos en el PCAP, puesto que no responde a la realidad de los costes, sino que persigue alterar la aplicación lógica de aquéllos, así como alterar la aplicación de los fondos presupuestarios comprometidos para cada parte del contrato.

Sobre esta cuestión argumenta que existiendo una proporción equilibrada entre los costes de servicios y de suministro, la estrategia seguida por TELEFONICA ha sido la de asignar el menor importe posible a los costes del servicio, en los que incurre en una bajada del 44,7%, y supuestamente trasladar su importe a la partida de costes por suministro que también reduce en un 30% respecto del presupuesto de licitación, lo que entraña necesariamente, afirma, falsear los criterios del contrato, pues el precio unitario no se corresponde con el real sino con uno superior, alterando cualquier posibilidad de cómputo razonable, teniendo en cuenta la posibilidad



de que el órgano de contratación puede incrementar el número de unidades hasta agotar el presupuesto de licitación.

En este sentido afirma que lo anterior altera la imputación presupuestaria de costes entre los servicios y los suministros, porque las partidas presupuestarias no casan con los gastos del contrato atendiendo al contenido de la oferta de la adjudicataria.

Asimismo, argumenta que en el presente procedimiento no se incluye la garantía usual del fabricante sino un servicio de *garantía in situ* lo que debe tener una cierta repercusión a efectos de la justificación de la oferta. En este sentido también hace referencia a la partida correspondiente a las mejoras. Concluye afirmando que a lo anterior debe añadirse que *«ni la extensión de la garantía al fabricante hasta los 5 años ni la reducción en los plazos para la atención de las incidencias aparece si quiera reflejado como coste adicional de la oferta»*.

Por otro lado, en el escrito de ampliación alude a determinada jurisprudencia sobre la cuestión, la Sentencia de 15 febrero 2023, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1096/2020 [JUR 2023\85101] de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con relación a la asignación de partidas puntuables en el contrato valores 0 o próximos a cero, que apoyaría los argumentos que manifiesta en su recurso, también alude a la doctrina sobre la cuestión del TACRC.

En conclusión de todo lo anterior afirma: *«De conformidad con todo lo anterior, resulta evidente que TELEFÓNICA ha actuado en fraude de ley, con infracción de los artículos 102 y 132 de la LCSP, toda vez que a través de su conducta de imputar un precio de 0 o próximo a 0 a dos servicios del Contrato autónomos, diferenciados y puntuables, ha falseado su oferta en detrimento de aquellas licitadoras, como mi representada, que le han asignado un coste real y dentro de valores de mercado a dichas partidas.*

*Y ello en tanto, tal como reconoce TELEFÓNICA, con el único objetivo de poder contar con una oferta más competitiva en la que obtener todos los puntos a través de una asignación de costes irreales»*.

Finaliza este motivo argumentando que los dos servicios a los que se refiere; el servicio de retirada y el de analítica avanzada, no son accesorios por lo que no resultaría posible en ningún caso aceptar que se ofertaran a un importe de 0 o próximo a cero por lo que concluye que la proposición de TELEFÓNICA debió ser directamente excluida.

1.3. La oferta de TELEFÓNICA, incurso en situación de bajada anormal, no ha podido quedar correctamente justificada, por lo que la decisión de la mesa de considerarla acreditada, podría ser una decisión arbitraria o incurso en algún error material.

Este motivo de recurso es articulado por la recurrente sobre 3 cuestiones. En primer lugar, la recurrente alude al importe de la bajada de la oferta de TELEFÓNICA sobre el presupuesto de licitación del contrato -37,37%, la recurrente solicita a este Tribunal que compruebe con relación a la instalación de dispositivos adicionales que los mismos efectivamente han sido tenidos en cuenta en la documentación justificativa presentada por la citada entidad.

En segundo lugar, con relación a las mejoras puntuables la recurrente argumenta que las presentadas por ella ascendieron a un coste durante toda la ejecución del contrato de 478.800 euros por lo que teniendo en cuenta las mejoras de TELEFÓNICA su partida de costes debió ser bastante superior. En concreto menciona la mejora de la *garantía in situ* que entiende que ha debido de tener un impacto en la justificación de su oferta de 3.111.666,24 euros. Asimismo, argumenta que *«Como se ha venido reflejando en el presente Recurso en varias ocasiones, entre ellas en el primer motivo de impugnación, en su apartado b) servicio de garantía in situ, si se cogiera la estimación de los dos años de autonomía media que este tipo de sensores tienen para servicios de similar alcance, esto supondría*



*que se tendría que ir al domicilio un mínimo de dos veces al año durante los cinco años de duración del contrato, lo que implicaría, cogiendo como base el coste del proveedor habitual de TUNSTALL (ver Documento nº 8) de 48,21 €, un total de 3.111.666,24 € que deberían igualmente haber sido contemplados en la justificación de costes de la memoria justificativa del proyecto (48,21 € del coste del mantenimiento x 32.272 domicilios en los que serán necesarios realizar la intervención x 2 veces que serán necesarios cubrir durante 60 meses).*

*De la misma manera, se desconoce las garantías ofrecidas por el fabricante de los dispositivos sobre sus baterías, por lo que el coste de adquisición de las necesarias a sustituir también debería haber sido contemplado, puesto que a partir del tercer año el porcentaje de deterioro de este tipo de dispositivos es significativo al tratarse de detectores de uso intensivo para monitorizar hábitos de día a día en personas necesitadas normalmente de asistencia. Una estimación de este, basada en los 32.272 domicilios, teniendo en cuenta que en cada uno de ellos el número de sensores debe de ser de 6 (reflejado en los pliegos), totalizarían la cantidad de 193.632 baterías que deberían ser cambiadas, lo que si se coge como referencia un precio unitario de 1 € por cada una de ellas, el coste que también debería haber sido tenido en cuenta debería estar cercanos a los 193.632 €, los cuales nuevamente se desconoce si fueron tenidos en cuenta y justificados adecuadamente en lo presentado por TELEFÓNICA.*

*De todo lo anteriormente expuesto, y en base a las estimaciones argumentadas en el presente escrito, se puede deducir que el importe total para esta apartado ascendería a la suma de 3.305.298,24 €, los cuales no se tiene certeza hayan sido contemplados correctamente en la justificación de TELEFÓNICA y se ruega a este Tribunal se preste a corroborar que así ha sucedido».*

En tercer lugar, se refiere a los costes estimados a cero o cercanos a cero euros. La recurrente procede a valorar los costes reales de las partidas cercanas a 0 euros, indicando que los mismos no quedarían contemplados en la oferta de la adjudicataria.

En su escrito de ampliación la recurrente argumenta que las justificaciones de TELEFÓNICA no detallan como se justifican los ahorros, no presenta oferta firme de sus proveedores. En este sentido afirma lo siguiente: «Pues bien, destaquemos como principal defecto que impide una valoración racional de las justificaciones aportadas que de conformidad con los Informes de la Jefatura de Teleasistencia se desconoce cuál será el número total de dispositivos que TELEFÓNICA se compromete a suministrar hasta agotar el presupuesto ni el coste que paralelamente tendrá ello respecto del resto de los servicios a prestar.

*Tampoco se recoge un desglose de gastos generales e indirecto a partir de tales valores, lo que también impide conocer cuál es coste económico de varias partidas, ni se ha llegado a aportar una cuantificación numérica que acredite más allá de las manifestaciones apodícticas de TELEFÓNICA, que efectivamente la oferta presentada es viable económicamente.*

*Lo único que aporta TELEFÓNICA en su segunda justificación, según se desprende del Informe de la Jefatura de Teleasistencia es un cuadro parcial que una vez más carece de la información mínima suficiente para justificar los precios y viabilidad de la oferta presentada».*

Sobre lo anterior igualmente manifiesta: «Lo primero que llama la atención es que no existe el desglose necesario respecto del servicio de analítica avanzada de datos asociados y el suministro del pack tipo sensorica para vivienda y, sin embargo, se afirma sin el menor soporte que lo justifique que el importe ofertado incluye también la garantía “in situ” por un coste que se estima equivalente al 10,20% sobre la partida de suministro.

*Se afirma que el hecho de computar el coste de la garantía “in situ” como parte del precio del suministro se debe “al modelo de negocio habitual en estos proyectos”, pese a no aportar ningún otro ejemplo que lo acredite y, todo ello, considerando que “las garantías de los sensores suelen ser una parte inherente a dichos sensores y al coste de suministro propiamente dicho” aunque, nada se dice del coste que entraña los desplazamientos para hacer efectiva la garantía “in situ” ofertada.*

*Con tales manifestaciones no solo se evidencia que la justificación ofrecida está lejos de cumplir con las exigencias de desglose y cuantificación que requería la propia Mesa de Contratación y la Jefatura de Teleasistencia. No solo no se*



*computa el total de suministros, sino que tampoco se justifica por qué el impacto sobre el suministro es del 10,20%, ni, lo que es más importante, se tiene en cuenta que no solo existe el coste de sustitución del sensor, sino también (y lo que económicamente es más relevante), los costes asociados al carácter “in situ” de la garantía ofertada; esto es, los desplazamientos y personal necesario para llevarla a cabo; aspectos, que ni las justificaciones ofrecidas ni la oferta presentada mencionarían».*

Así afirma que a su juicio la oferta de TELEFÓNICA no contemplaría los costes del desplazamiento para realizar la visita *in situ* que a su juicio ascendería a 261.491 euros a lo que habría que añadir, alega, los costes de la visita del cambio de batería del sensor que ascendería a 3.111.666,24 euros. Alude a otros costes que tampoco se habrían detallado como la extensión de la vida útil, el compromiso de disponibilidad y reposición del stock, el coste de la reparación y el coste de la instalación que además de no detallarse, manifiesta, ni se menciona.

En la ampliación del recurso se concluye lo siguiente: *«En el supuesto que nos ocupa, a la vista de la total falta de motivación ofrecida por TELEFÓNICA, y pese a los esfuerzos del Órgano de Contratación para permitir hasta en dos ocasiones ofrecer una justificación de la viabilidad y suficiencia económica de la oferta presentada, la realidad es que conforme a los Informes de la Jefatura de Telesistencia, la oferta presentada (i) ni desglosa suficientemente, (ii) ni permite conocer si quiera el valor económico de aquellas partidas que posteriormente determinan la valoración de cada oferta presentada, (iii) no llega a cuantificar siquiera el número total de equipos a suministrar ni, como corolario necesario, la viabilidad y suficiencia de la oferta para proveer del resto del servicios asociados a dicho suministro, (iv) ni aporta aspectos esenciales de partidas básicas a las que sin embargo imputó partidas específicas como los costes generales e indirectos; (v) desconoce el alcance de la garantía “in situ”, (vi) ignora costes inherentes a dicha partida, (vii) así como otros tantos que ni tan siquiera menciona.*

*La realidad es que la viabilidad económica se apoya exclusivamente en meras afirmaciones genéricas que carecen completamente de valor y que, sin la justificación y cuantificación expresamente requeridas por la Mesa de Contratación, no permiten motivar conforme a derecho la decisión de aceptación de la oferta presentada por TELEFÓNICA».*

Por todo lo anterior la recurrente solicita que sea estimado su recurso y que en consecuencia sea anulada la resolución de adjudicación.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se opone al recurso. Se reproducen sus alegaciones siguiendo el ordinal del escrito de recurso.

2.1. Con relación al primer motivo de recurso argumenta, invocando doctrina de los órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación lo siguiente: *«En definitiva, y contra lo que señala la entidad recurrente, de la doctrina de los tribunales de recursos contractuales lo que se deduce es que resulta perfectamente posible la solicitud de información adicional o complementaria respecto de la aportada inicialmente por la entidad requerida de justificación de los valores anormales de su oferta, sobre todo si el requerimiento realizado a estos efectos tiene carácter genérico, y con los límites que representan la modificación de la oferta por parte de aquella o la alteración de la primera de manera sustancial.*

*Si nos atenemos a la documentación que obra en el expediente, es posible comprobar que el requerimiento de la justificación de la oferta anormalmente baja que se le envió a TELEFÓNICA fue absolutamente genérico, identificándose por ese tribunal en la Resolución del mismo arriba referida dicha generalidad con la mera expresión de los términos legales (art., 149.4 LCSP), por lo que entendiendo este órgano de contratación, con base en el informe de la Jefatura de Telesistencia que era necesario justificar determinados extremos de su oferta, el segundo requerimiento se estima perfectamente apropiado, no cabiendo por otro lado considerar que la respuesta ofrecida al*





*mismo por la entidad adjudicataria vulnere los límites antes referidos, pues en ningún momento modifica su oferta, y para nada altera su justificación inicial.*

*La información complementaria solicitada se refiere a dos aspectos muy concretos, la explicación del coste correspondiente a la garantía in situ, respecto de la cual TELEFÓNICA había ofertado aumentar su plazo hasta los 60 meses, y la contemplación del incremento de prestaciones objeto del contrato, a la vista de que dicha posibilidad estaba prevista en el PCAP hasta agotar el presupuesto de licitación para el caso de obtenerse un precio inferior al presupuestado como consecuencia de la baja ofrecida para las personas licitadoras».*

Concluye argumentando que la documentación presentada por TELEFÓNICA supuso una aclaración de su oferta y no una subsanación de su justificación inicial.

El órgano de contratación en su escrito de alegaciones a la ampliación del recurso presentado tras el acceso al expediente argumenta lo siguiente: *«Pues bien, a partir del conocimiento completo de dichos informes la recurrente se extiende en su escrito de ampliación del recurso para, al modo de ver de este órgano de contratación, no hacer sino reiterarse en el planteamiento y argumentación que ya incorporó a su escrito de recurso inicial, sin más novedad que añadir alguna que otra resolución de tribunales de justicia o de recursos contractuales para abundar en la justificación de su pretensión».*

2.2. Con relación a los precios ofertados por TELEFÓNICA cercanos a cero indica que es una estrategia del licitador que fue contrastada con el órgano de contratación, según indica, a través de consultas en fase de preparación de ofertas, en virtud de la cual: *«determinados costes se han imputado como costes indirectos y se repercuten en los costes de otros elementos. Esta estructura de costes, donde los costes de ciertos servicios de soporte (en este caso, la retirada de dispositivos o la IA) se vinculan a los costes de un elemento principal a suministrar o prestar con el que guardan relación (en este caso, los servicios de instalación/reinstalación del Pack para la retirada de dispositivos, o el suministro de dicho Pack para la IA), ha sido utilizada por TELEFÓNICA, así como por alguno de sus socios en este u otros contratos, para proyectos basados en un suministro o prestación principal con ciertos servicios asociados. Por ello, en la propuesta económica que TELEFÓNICA ha presentado a la Agencia para este expediente de contratación, los costes de los servicios de retirada de dispositivos y de IA están incluidos en los servicios de instalación/reinstalación del Pack y en el suministro del Pack tipo sensórica, respectivamente, y no suponen una facturación adicional para el Cliente final (valor 0,01€). Es decir, a fin de plantear una oferta lo más competitiva y atractiva posible, se han englobado:*

- en la partida de suministro del Pack sensórica, los costes del portal de gestión de los dispositivos, que incluye a su vez los servicios de analítica de datos asociados a los mismos, ya que estas partidas se encuentran intrínsecamente unidas. El número de unidades del pack de sensórica coincide con el número de unidades mensual del servicio de analítica de datos según el PCAP.*
- en la partida de la instalación/reinstalación del Pack, los servicios de retirada de los dispositivos para poder llevar a cabo una correcta prestación del servicio. Al igual que en el caso anterior, estas partidas se encuentran relacionadas a nivel operativo».*

El órgano de contratación argumenta que el propio PCAP prevé esta posibilidad al establecer la siguiente previsión en la fórmula para valorar la proposición económica: *«Resto de rangos: aplicación de fórmula, no obstante las ofertas que se realicen para cualquiera de los subcriterios de la propuesta económica por un importe igual a 0 €, a los meros efectos de aplicación de la fórmula y de valoración, se equiparán a 0,01€».*

Invoca doctrina de los tribunales de resolución del recurso especial que ampararían su actuación y la sentencia STSJ CV de la Comunidad Valenciana 178/2023, recaída en el recurso 212/2021 (Roj: 316/2023), de la que se desprendería la validez de esta posibilidad, que *«los licitadores voluntariamente puedan ofertar realizar alguna de las prestaciones o asumir alguno de los elementos a cuyo coste se refieren los precios definidos en los pliegos a coste*



*o a cambio de un valor simbólico. siempre que en el global del contrato, en la suma de todos los precios unitarios ofertados el ente contratante pague un precio real. Puede entenderse que responde a la estrategia empresarial la forma en que el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios, compensando unos con otros, sin que ello afecte a la onerosidad del contrato».*

Además de lo anterior, argumenta que la propia recurrente utilizó esta estrategia para elaborar su oferta con relación al lote 1, en este sentido manifiesta: *«Así, tras haber ofertado la UTE TUNSTALL-SOLUTIA un precio de 0,001€ en relación con dos de las prestaciones que conforman el objeto contractual de dicho lote, cuando en la documentación aportada para dicha justificación se refiere a los ingresos previstos en base a la oferta presentada por la misma, menciona expresamente que “Los ingresos correspondientes a las partidas asociadas al “Coste estimado de Infraestructura para alojamiento en la Nube” y “Despliegue y Puesta en Marcha de la Plataforma y adaptación del contenido a la imagen corporativa de ASSDA”, han sido repercutidas en los conceptos de “Licenciamiento” y “Soporte/Mantenimiento”, como estrategia para la optimización en la obtención de la puntuación en base a las fórmulas del PCAP”».*

En respuesta al escrito de ampliación del recurso el órgano de contratación en conclusión alega lo siguiente: *«que la estrategia empresarial de la adjudicataria es plenamente legal pues por un lado resulta ajustada a las previsiones de los pliegos, y por otro no se realiza el fraude de ley porque la retribución del contratista se compensa en el precio global de la forma en que se explica por la misma».*

2.3. Manifiesta el órgano de contratación que este motivo de recurso se centra en la simulación que realiza la recurrente de los costes que la adjudicataria debería haber incurrido atendiendo al contenido de su oferta. El órgano de contratación manifiesta: *«bajo el pretexto de tratar de comprobar si la actuación de la mesa a la hora de aceptar la oferta de TELEFÓNICA ha incurrido en arbitrariedad o error, en realidad TUNSTALL viene a llevar a cabo una valoración paralela que, como señala la doctrina de los tribunales de recursos contractuales, “no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado”».* Sobre la cuestión alude a la doctrina sobre la discrecionalidad técnica y reproduce varias resoluciones de este Órgano. Asimismo, afirma que no procede analizar la viabilidad de una oferta por comparación con otras licitadoras, la importancia de las condiciones de la propia licitadora y la posibilidad de compensación entre distintas partidas, también alude a doctrina sobre la cuestión.

Manifiesta, como se ha indicado, que la recurrente ha realizado una valoración paralela de los costes en los que debe incurrir la adjudicataria para satisfacer las prestaciones objeto del contrato basada en su propia experiencia a la hora de realizar su oferta pero que no desvirtúa la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la viabilidad de una proposición.

En su informe a la ampliación del recurso, sobre la alegación de la recurrente acerca de la ausencia del coste de determinadas partidas que no estarían recogidas en la oferta de la adjudicataria, el órgano de contratación manifiesta: *«Omite la recurrente que en dicho informe de la Jefatura de Teleasistencia también se contemplan referencias en cuanto a distintos aspectos, que bien sirven para dar respuesta a las cuestiones que echa en falta. Así, en este orden de cosas se alude a la extensión en la vida útil de todos los elementos hardware de los sensores a suministrar, incluida la batería; el compromiso de disponibilidad de stock de elementos de reposición y piezas de repuesto; y los procesos “internos” para la prestación de los servicios de garantía (registros y herramientas digitales automatizadas con los datos más relevantes de las garantías y de las visitas o incidencias gestionadas, análisis predictivo de datos para identificar posibles riesgos, etc) o “externos” (optimización de rutas para la ejecución de las actuaciones en domicilio, especial precisión en el diagnóstico de las primeras visitas y especial cualificación del personal que las realiza, etc), que se incorporan a la justificación global de TELEFÓNICA, la cual ratifica su estructura de costes en este punto, con plena consciencia de los elementos que lo conforman, pues afirma que le*



*permite “cubrir las actuaciones de sustitución de sensores o su reparación en los plazos acordados y con todos los gastos necesarios a tal efecto, mencionado en este apartado los gastos de los técnicos y de sus desplazamientos, dietas, transporte, o actuación domiciliaria propiamente dicha; gastos de documentación técnica y otros documentos; gastos del personal de contacto, canal de comunicación, y concertación de citas; o, los propios gastos de las piezas o elementos empleados para las actuaciones de sustitución y reparación”».*

Por todo lo anterior solicita la desestimación del recurso.

### 3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, la entidad TELEFÓNICA se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones. Se procede a reproducir en síntesis los argumentos contenidos en su escrito siguiendo el ordinal del escrito de recurso.

En términos generales y sobre la posibilidad de ofertas con partidas a precios próximos a cero, tras reproducir los elementos que componen las proposiciones económicas de las ofertas de las adjudicatarias a cada uno de los 5 lotes que componen el objeto del contrato, manifiesta: *«La exposición anterior se ha incluido a los meros efectos de ilustrar que, ofertar en este procedimiento precios unitarios próximos a 0 €, no constituye una “estrategia” de costes exclusiva de los Lotes 4 y 5, ni exclusiva de mi representada, ni exclusiva de Vodafone (aunque la recurrente no lo mencione en su recurso; pese a que la “estrategia” de Vodafone en los Lotes 4 y 5 se basa, más aún que la de mi representada, en dejar prácticamente a 0 € los precios de los servicios, frente al precio del suministro), sino que dicha “estrategia” ha sido empleada por la recurrente, tanto en el Lote 1, como en el Lote 3. Todo ello puede corroborarse igualmente en el Acta nº 4, donde se reflejan las ofertas de todos los licitadores, a todos los lotes, y los precios unitarios a 0,01 € presentes en éstas.*

*En ambos Lotes, 1 y 3, la recurrente, adjudicataria de esos dos Lotes en UTE con otra entidad, tiende igualmente a asignar el menor importe posible a los costes de servicio, trasladando supuestamente su importe a la partida de costes por suministro.*

*En especial, en el Lote 3, con un mayor número de precios unitarios próximos a 0 €, que los de mi representada en su oferta al Lote objeto de este recurso. De hecho, ese Lote 3 es precisamente el Lote del expediente más similar en alcance, requisitos, o criterios de adjudicación, a los Lotes 4 y 5 - los tres Lotes, estaban basados en un suministro de sensores; solo que, para el caso del Lote 3, no era necesario emparejar dichos sensores con dispositivos domiciliarios ya instalados, como acontecía en los Lotes 4 y 5 -. Por consiguiente, en aplicación del criterio seguido en las Alegaciones del recurso (sobre todo, en el Motivo Segundo de la Alegación Tercera), debería considerarse que las ofertas de la recurrente, adjudicatarias de los Lotes 1 y 3, falsean, entre otros, los criterios de adjudicación del contrato, al alterar esa “proporción equilibrada entre los costes de servicio y de suministro”, que Tunstall tan férreamente hace valer en esa Alegación».*

Afirma que el propio órgano de contratación rectificó el pliego el 24 de agosto de 2023, para incluir dentro de los criterios de adjudicación, respecto de los cinco lotes, una previsión dirigida a aplicar la fórmula y valorar las ofertas adecuadamente, en aquellos casos en los que un licitador oferte precios unitarios iguales a 0 euros, sobre lo anterior la adjudicataria afirma: *«esos casos, por tanto, son del todo consentidos por el órgano de contratación, anticipándose incluso a éstos, como si efectivamente pudiera ser probable que se produjeran».*

3.1. Frente al primer motivo de recurso la entidad adjudicataria manifiesta que la mesa de contratación formula un requerimiento de información complementaria plenamente admitido en nuestro ordenamiento, tras el cual acepta la justificación de oferta anormalmente baja dentro de los límites de su discrecionalidad técnica.



En síntesis, considera que la cuestión derivada en la oferta sobre el incremento del número de packs de sensórica hasta agotar el presupuesto y la garantía *in situ*, eran cuestiones incluidas en su oferta, respecto de la primera, indica que deriva de una posibilidad y no de una obligación y que no se desglosaron con mayor detalle en la primera parte de la justificación dado que no se le requirió expresamente.

Afirma que es evidente que los costes de la garantía estaban presentes en nuestra primera justificación, aunque de forma agregada; y, es evidente también, manifiesta, que el coste de garantía calculado por TUNSTALL en su recurso es un coste que no tiene por qué coincidir con el suyo. Alude a la doctrina relativa a que a la hora de valorar la viabilidad de una oferta hay que tener en cuenta las condiciones de la propia licitadora, con independencia de que puedan coincidir o no con las de otras empresas participantes o no en la licitación que se examine.

3.2. Frente al segundo motivo de recurso argumenta que la oferta con precios unitarios a 0,01 euros no puede ser fraudulenta ni falsea los criterios de adjudicación; en tanto en cuanto fue admitida en los pliegos del procedimiento, ha sido admitida por la recurrente en dicho procedimiento, y puede demostrarse fácilmente que no atenta contra el contrato o sus previsiones presupuestarias y financieras.

Con relación a la alegación de la recurrente respecto del equilibrio entre las partidas la entidad adjudicataria manifiesta lo siguiente: *«la recurrente, otorga a esa distribución porcentual entre servicios y suministros, a esa “proporción equilibrada” derivada del presupuesto estimado, una relevancia a la que no apuntan los pliegos, pero a la que precisamente tampoco apunta ese escenario de necesidades o demanda variable de la ASSDA, dentro de la posibilidad de agotamiento del presupuesto de la licitación. Dicho de otra forma, si en ejecución de contrato, la ASSDA va a poder requerir más unidades por encima de las estimadas en pliegos, de unos u otros servicios y suministros (por encima, por tanto, de las que forman parte de los cálculos del presupuesto estimado de la licitación y de su distribución entre servicios y suministros), atendiendo a necesidades, contingencias y otras eventualidades de la Administración, ¿hasta qué punto es tan relevante la proporción inicial entre servicios y suministros? Lo relevante, de cara a la ejecución del contrato, es que la oferta adjudicataria esté en disposición de hacer frente a esa variabilidad, en servicios y en suministros.*

*De ahí, a su vez, que el sistema de determinación del precio, se basara en precios unitarios (tal y como suele acontecer en este tipo de contratos de suministro con unidades por definir), lo que igualmente apunta a que lo relevante es el precio/coste por unidad, y que éstos guarden entre sí una proporción adecuada dentro del caso de negocio del licitador, garantizando así que las unidades se amplíen en unos u otros términos durante la ejecución del contrato. Como ejemplo, estos contratos podrían asimilarse en cierta manera a un catálogo de servicios y suministros, donde la Administración irá solicitando o consumiendo más unidades o porcentaje de ciertos servicios o suministros, independientemente de que, en origen, se estimara un peso u otro a cada una de las partidas o subpartidas correspondientes».*

En lo relativo a los supuestos desajustes presupuestarios la entidad argumenta: *«no debe perderse de vista tampoco que, ciñéndonos a las previsiones presupuestarias a las que se aferra la recurrente (p. 25 del recurso), en 2023 ya deberían haberse iniciado los pagos de este contrato, y en 2024 debería estar abonándose una cantidad muy significativa de los mismos. Sin embargo, estamos ya en la segunda mitad de 2024 y aún no se ha formalizado el contrato. Pese a ello, y a nuestro entender, cualquier posible diferencia en la imputación de los costes del contrato, bien entre partidas (servicios y suministros), bien entre anualidades, no debería emplearse para especular sobre desviaciones presupuestarias, tal y como sostiene la recurrente con tanta contundencia».*

3.3. La adjudicataria sobre este motivo de recurso manifiesta: *«Lo mismo puede predicarse, respecto a la simulación de la recurrente, sobre la que pivota todo el Tercer Motivo de su Alegación Tercera. De hecho, ante todo, debe informarse que, la recurrente calcula los costes de esa simulación de nuestra oferta sobre el escenario de*



agotamiento del presupuesto máximo (por tanto, siempre son costes para cubrir 18.272 + 14.000 domicilios, con su pack de sensórica correspondiente) y, al contraponerlos a los ingresos para obtener nuestro supuesto beneficio/pérdidas en este contrato, curiosamente no utiliza los ingresos sobre ese mismo escenario de agotamiento del presupuesto máximo (17.981.051,20 €), sino los del importe total de nuestra oferta (11.261.575,40 €). Con simulaciones así, es claro que cualquier resultado, argumento, o conclusión, que se derive, es a todas luces desechable.

Con independencia de que las estimaciones y cálculos del recurso incluyan errores, o descansen sobre premisas arbitrarias, debe recordarse igualmente que, nuestra jurisprudencia no tiende a considerar “comparables” las ofertas de un procedimiento, a los efectos de la justificación de su viabilidad».

Con relación a esta cuestión argumenta lo siguiente: «A título meramente ilustrativo, es evidente que no se prestarán servicios de retirada de sensores, si éstos no están previamente instalados. O que no se podrán iniciar los servicios de analítica de los datos recogidos por los sensores, si previamente, de nuevo, no están instalados y desplegados los sensores necesarios. Estamos ante un contrato en el que la planificación e implantación de todas las actuaciones, es también un componente muy relevante a la hora de abordar la viabilidad de una oferta. Hay servicios que se ejecutarán desde el primer mes de contrato, otros quizás desde el sexto mes. Pero los cálculos y argumentos de la recurrente no deberían formularse como si, siempre y en todo caso, para todas las actuaciones, se fueran a ejecutar un mismo número de unidades al mes, durante 60 meses, del primero al último».

Por lo anterior, solicita la desestimación del recurso.

#### **OCTAVO. Fondo del recurso. Sobre la solicitud de la recurrente de acceso al expediente.**

La recurrente mediante un segundo otrosí digo solicita a este Tribunal el acceso al expediente, al amparo del artículo 52.3 de la LCSP, en este sentido manifiesta que: «en tanto la remisión del expediente administrativo oportunamente solicitado por mi representada omitió trámites y documentación de especial relevancia para el enjuiciamiento de la legalidad de la Resolución impugnada, por medio del presente escrito mi representada solicita que se le dé traslado de dicho expediente de manera completa, y en especial de los siguientes trámites:

- La oferta completa presentada por TELEFÓNICA.
- La justificación que dio TELEFÓNICA en cumplimiento del requerimiento del Acta número 4.
- El informe técnico de fecha 16/02/2024 sobre las justificaciones ofrecidas por TELEFÓNICA en cumplimiento del Acta número 4.
- La segunda justificación de TELEFÓNICA en cumplimiento del requerimiento del Acta número 7.
- El informe técnico de fecha 15/03/2024 sobre las justificaciones ofrecidas por TELEFÓNICA en cumplimiento del Acta número 7».

Con una redacción un tanto confusa, en este apartado cuestiona la forma de proceder del órgano de contratación dado que indica que «únicamente nos fue puesto a disposición:» y a continuación enumera los documentos que no les proporcionó este, aludiendo a los dos escritos de justificación de TELEFÓNICA y los dos informes de viabilidad que el órgano de contratación censuró parcialmente.

Al respecto, el artículo 52 de la LCSP, bajo la denominación de acceso al expediente, dispone lo siguiente:

«1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de



la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».

A la vista de este precepto legal, en lo que aquí interesa, se concluye que el artículo 52 de la LCSP, exige, como presupuesto necesario para el acceso al expediente en la sede del órgano competente para resolver el recurso, que previamente las personas interesadas hayan solicitado dicho acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso especial, y que aquél no se haya facilitado por parte del citado órgano de forma parcial o total. Es decir, la finalidad del precepto es permitir el examen del expediente en el Tribunal cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación legal de dar acceso con carácter previo a la interposición del recurso, siempre que el acceso se haya solicitado dentro del plazo de interposición del recurso y en los términos previstos en el citado artículo (v.g., entre otras muchas, Resoluciones 215/2021, de 27 de mayo, 445/2021, de 5 de noviembre, 477/2023, de 28 de septiembre y 169/2024, de 19 de abril, entre las más recientes).

En este sentido, y en lo que aquí concierne, en el trámite de vista de expediente se detecta que la recurrente no solicitó ante el órgano de contratación la oferta completa de TELEFÓNICA como sí hace en la solicitud de vista ante este Tribunal, por tanto, con relación a esta solicitud y en tanto que la recurrente incumple la obligación establecida del artículo 52 de la LCSP, este Tribunal acordó la denegación del acceso a esta documentación con fecha 19 de agosto de 2024.

Asimismo, la recurrente solicita el acceso a la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta presentada por TELEFÓNICA que no fue facilitada por el órgano de contratación al haber sido declarada confidencial por la citada entidad. En este sentido, en la citada documentación TELEFÓNICA manifiesta que en el contenido de la misma se aporta información de carácter especialmente sensible que debería ser protegida y declarada confidencial por el órgano de contratación, sin ser puesta en conocimiento de ningún tercero. En concreto, afirma, se recogen datos e informaciones que pudieran afectar al secreto comercial o industrial y que entiende que otros agentes, particularmente competidores, no tienen necesidad ni derecho a conocer. En concreto, tras el requerimiento del órgano de contratación, en el procedimiento de vista de expediente, fundamenta la declaración de confidencialidad, en síntesis, con los siguientes argumentos: *«considerados como: secretos técnicos y comerciales según la Directiva 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016: documentos que comportan una ventaja competitiva para la empresa al representar un valor estratégico para la empresa, información verdaderamente reservada y desconocida por terceros que pueda afectar a su competencia en el mercado»*.

Por otro lado, la recurrente solicita el acceso a ambos informes de viabilidad: el de 16 de febrero y de 15 de marzo de 2024, dado que pudo acceder a los mismos de forma parcial en el trámite de vista ante el órgano de contratación al ser considerados por este confidenciales, al reproducir parte del contenido de los documentos justificativos de TELEFÓNICA.

Pues bien, con relación a estos documentos este Tribunal tuvo que ponderar ambos intereses en conflicto: el derecho de acceso a la citada documentación de la recurrente, así como el de confidencialidad solicitado por la adjudicataria con la fundamentación anteriormente reproducida. En este análisis se consideró que la recurrente sí



debía poder acceder a los informes de viabilidad en tanto que de otro modo se le estaría provocando indefensión pues carecería de los argumentos que motivaron la aceptación de la proposición de la adjudicataria, si bien, y en tanto que en dichos informes se contienen todos los elementos que fundamentan la motivación de la decisión, no estimó estrictamente necesario que la recurrente tuviera que acceder al contenido íntegro de la documentación justificativa presentada por TELEFÓNICA, por un lado, dado que la misma la había declarado confidencial y, por otro, porque la información relevante a efectos de combatir la decisión del órgano de contratación se encontraba en los propios informes de viabilidad, que reproducen parcialmente el propio contenido de la documentación justificativa. En definitiva, este Tribunal concluyó que esta era la forma más adecuada de compatibilizar los intereses de ambas partes.

Por estos motivos, mediante el citado Acuerdo del Tribunal, de 19 de agosto de 2024, se concedió a la recurrente el acceso parcial al expediente con relación a la citada documentación: los informes de viabilidad del órgano de contratación de 16 de febrero y de 15 de marzo de 2024.

Por otro lado, la recurrente en su escrito de ampliación de recurso manifiesta que sí solicitó en su momento ante el órgano de contratación trámite de vista respecto de la oferta de TELEFÓNICA y cuestiona la decisión del Tribunal de no conceder el acceso a esta documentación, así como a la justificativa, si bien, sobre esta última ya se han argumentado los motivos por los que se denegó el acceso.

En este sentido ya se ha manifestado el motivo por el que se le denegó el acceso, si bien, con el ánimo de dejar zanjada la cuestión se procede a indicar que con relación a la oferta de TELEFÓNICA, en el escrito de solicitud de vista del expediente, de 31 de julio de 2024, se menciona: *«interesa a esta parte el acceso al expediente, con carácter instrumental de cara a la fundamentación de las acciones que la recurrente considere necesario ejercitar en defensa de sus intereses legítimos»*.

*En concreto interesa a esta parte la consulta de las alegaciones y documentación justificativa de la oferta anormalmente baja presentada por la ahora adjudicataria TELEFONICA, así como los informes técnicos que tras su análisis, la consideraron como correctamente justificada»*. Con esta fundamentación la recurrente solicita que se le de *«traslado o vista del expediente de contratación»*.

Pues bien, sobre esta cuestión procede mencionar que el derecho de acceso a las ofertas de los restantes licitadores no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otro licitador. Así lo ha declarado este Tribunal en sus Resoluciones 329/2016, de 22 de diciembre y 118/2017, de 31 de julio, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 710/2016, de 16 de septiembre, entre otras.

En el supuesto examinado la petición de acceso al expediente -que no puede ser genérica ni se puede utilizar con el ánimo de buscar si se ha cometido algún error en el mismo- se entendió concretada por este Tribunal con la documentación que efectivamente se solicita -la justificativa y los informes de viabilidad- que sí se entiende vinculada con el objeto del recurso. Por otro lado, la previa expresión genérica de petición de expediente -sin concretar otros documentos a los que se necesita acceder y su vinculación con el derecho a presentar un recurso suficientemente fundado-, no puede habilitar a la recurrente a que en un momento posterior, en sede de recurso, pueda solicitar cualquier documentación del mismo ya que no existe el incumplimiento por parte del órgano de contratación, dado que no realizó correctamente la petición, presupuesto para que este Tribunal pueda acceder a lo solicitado.



Además, procede hacer mención a lo que el órgano de contratación manifiesta sobre esta cuestión: *«No entiende este órgano de contratación la referencia que contiene el escrito del recurso en su Otrosí Segundo a la “oferta completa presentada por Telefónica”, puesto que la recurrente es perfecta conocedora de la misma al haber sido objeto de publicación el acta de la mesa de contratación que la contempla, y reflejarse su contenido íntegramente en la resolución de adjudicación».*

Por otra parte, tampoco aprecia este Tribunal que la denegación parcial de acceso le haya generado una efectiva lesión del derecho de defensa, puesto que no se ha visto impedido de interponer un recurso debidamente fundado.

Más en el presente supuesto en el que la propia recurrente manifiesta en su escrito de ampliación de recurso que: *«Sin perjuicio de lo anterior, adviértase que el contenido de la oferta únicamente contendría la concreción de los precios y costes propuestos, sin la oportuna justificación, conforme constan en el Acta de apertura de las ofertas presentadas. No existiría, por tanto, información más allá de la propia oferta que la reproducida por la Mesa de Contratación al poner de manifiesto las distintas ofertas presentadas».* Y más adelante: *«Dicho en otras palabras, el hecho de no contar con la oferta de TELEFÓNICA para la elaboración del presente recurso especial en materia de contratación en nada afecta a los vicios denunciados por mi representada en dicho recurso, toda vez que éstos son propios de los documentos de justificación y resoluciones del trámite de justificación de la oferta anormalmente baja de TELEFÓNICA».*

Por tanto, como se ha indicado, este Tribunal concedió a la recurrente acceso parcial a la documentación solicitada en su escrito de impugnación.

**NOVENO. Fondo del recurso: sobre el motivo de impugnación relativo a que la mesa de contratación procedió incorrectamente a solicitar aclaraciones a TELEFÓNICA sobre la viabilidad de su oferta y que en cumplimiento del contenido del artículo 149 de la LCSP debió excluir directamente su proposición.**

Como se ha expuesto anteriormente la recurrente considera que la justificación inicial de la adjudicataria omitía información necesaria y exigida por lo que no cabía solicitar aclaraciones y que debió ser directamente rechazada.

En primer lugar, este Tribunal ha podido constatar que el requerimiento inicial, anteriormente reproducido, fue genérico, incluso lo reconoce el propio órgano de contratación en su informe al incluirse únicamente el contenido del artículo 149.4 de la LCSP.

Como se ha indicado anteriormente, con relación a la documentación solicitada en el trámite de aclaraciones, se debe tener en cuenta que una de ellas, se refiere a otras prestaciones adicionales a realizar con cargo al sobrante del presupuesto de licitación respecto de la oferta, y no a la viabilidad de la propia proposición en sí misma considerada. Respecto de esta cuestión el órgano de contratación llega a manifestar que se solicitó la documentación por deseo de confirmar que la licitadora era *«consciente de los términos del PCAP»*, dado que se podía producir, una mera posibilidad, la demanda de otras prestaciones con cargo como indicamos a la reducción de la proposición respecto del presupuesto base de licitación, que se podrá producir en función de que exista la necesidad. La otra cuestión se refiere a la documentación justificativa de una de las prestaciones *«la garantía in situ»* sobre la que la adjudicataria presenta mejoras. Ambos son los motivos por los que la mesa de contratación solicita documentación adicional.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que estamos ante la proposición económicamente más ventajosa, por lo





que si el impedimento para aceptar la oferta, inicialmente incurra en baja anormal, es en gran medida que la misma en determinados aspectos no está justificada o acreditada en los términos que el órgano de contratación considera necesarios, efectivamente, por el principio de proporcionalidad, y antes de proceder a su rechazo es necesario solicitar aclaración de la misma, con el objeto de justificar o acreditar los extremos que se consideren necesarios, sin que la licitadora pueda modificar su oferta, únicamente para aclarar o acreditar aquellas cuestiones que sean necesarias.

Máxime en este supuesto, en que como se ha indicado el requerimiento efectuado por el órgano de contratación es genérico e impreciso, pues se limita a reproducir parte del tercer párrafo del artículo 149.4 de la LCSP. En este sentido, la suficiencia de la información ofrecida por la licitadora para justificar o acreditar la viabilidad de su oferta debe analizarse a la vista y en función de lo solicitado en el requerimiento por el órgano de contratación, de tal modo que, si este considera imprescindible que se desglose, justifique o acrediten determinados aspectos de la proposición necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento.

Así las cosas, teniendo en cuenta los términos genéricos del requerimiento que no contiene la documentación que posteriormente le fue solicitada a la adjudicataria, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, este Tribunal no aprecia infracción alguna en el proceder de la mesa de contratación respecto de esta cuestión al solicitar aclaraciones adicionales sobre la justificación de la oferta con la finalidad de aclarar y/o completar la información, con el límite indicado, es decir, sin que ello suponga modificar la oferta.

En sentido similar se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 213/2020, de 18 de junio, 331/2020, de 8 de octubre, 352/2022, de 30 de junio, 449/2022, 15 de septiembre, 491/2022, de 14 de octubre y 318/2023, de 6 de junio y 555/2023, de 3 de noviembre. Así como, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones, 1079/2018, de 23 de noviembre y 76/2022, de 20 de enero. Sin que quepa atender a la doctrina invocada por la recurrente ya que, en general, se refiere a casos en los que se concluye que el requerimiento de documentación fue suficientemente concreto a efectos de los supuestos analizados, circunstancia que no fue apreciada por el órgano de contratación en este procedimiento y sobre la que este Tribunal no ha detectado infracción, ya que se confirma que el requerimiento inicial, como se ha indicado, tenía un contenido genérico.

Por lo anterior procede la desestimación de este motivo de recurso.

**DÉCIMO. Fondo del recurso: sobre el motivo de impugnación relativo a que la estructura de costes de la oferta de la adjudicataria pretende falsear los criterios de adjudicación a efectos de que se considere la oferta económicamente más ventajosa.**

La recurrente en este motivo cuestiona la oferta de la adjudicataria en tanto que contiene servicios que se ofrecen a 0,01 euros, manifiesta que dicho precio no cubre los costes de estos elementos, que dicha oferta es un fraude a los criterios de adjudicación en tanto que no responde a la realidad, por lo que se altera el coste unitario del suministro que puede afectar a la imputación de gastos entre el servicio y el suministro pudiendo producir una desviación presupuestaria.

Sobre este motivo de recurso procede realizar diversas consideraciones. En primer lugar, se ha de precisar como anteriormente se ha reproducido en las alegaciones de las partes, que la posibilidad de ofertar partidas a 0,01 euros se encuentra prevista en el propio PCAP del presente procedimiento de licitación. Efectivamente, en el apartado 8 del anexo I del PCAP, en el que se establecen los criterios de adjudicación, se desarrolla en la fórmula para valorar la proposición económica lo siguiente: «*Resto de rangos: aplicación de fórmula, no obstante las*



*ofertas que se realicen para cualquiera de los subcriterios de la propuesta económica por un importe igual a 0 euros, a los meros efectos de aplicación de la fórmula y de valoración, se equiparán a 0,01 euros».*

De lo anterior, se deduce claramente que los pliegos prevén la posibilidad de que determinadas prestaciones se puedan ofertar a 0,01 euros, por lo que las alegaciones de la recurrente sobre la oferta de la adjudicataria podrían desde esta perspectiva reconducirse a una impugnación indirecta de los pliegos, puesto que teniendo en cuenta que la adjudicataria oferta determinadas prestaciones a 0,01 euros y en tanto que el pliego lo permite, puede concluirse que la recurrente en realidad cuestiona la propia redacción de los pliegos.

Lo anterior supone, efectivamente, una impugnación indirecta del contenido del pliego, y es abundante la doctrina que sobre esta cuestión tiene ya consolidada este Tribunal (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo, entre otras muchas). Conforme a la misma, la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *“pacta sunt servanda”* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habría de estar ahora al contenido de estos. En este sentido, de la mera lectura de los pliegos se deduce que era posible ofertar prestaciones a 0,01 euros, por lo que si la recurrente consideraba que esta posibilidad generaba todas las cuestiones que ahora manifiesta en su escrito de impugnación, debió en su día impugnar los pliegos y no hacerlo ahora, una vez adjudicado el contrato al ser el resultado de la licitación desfavorable a sus intereses.

Por otro lado, sobre si es posible o no que se oferten partidas sin coste, se parte de la doctrina que este Tribunal mantiene sobre el asunto controvertido, compartida con el resto de los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, que vienen aceptando que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución del contrato pueden ser ofertadas a coste cero, sin gasto para la Administración. Entre otras, aquellas que puedan implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato, las más accesorias dentro de las prestaciones exigidas, determinados costes y algún precio unitario, siempre y cuando su coste se contenga subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial, (v.g. Resoluciones, entre otras, 131/2017, de 27 de junio, 262/2017, de 1 de diciembre, 133/2022, de 18 de febrero, 578/2022, de 25 de diciembre de este Tribunal, 1187/2018, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 349/2018, de 8 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y 98/2015, de 15 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

Y tanto es así, que la propia recurrente debió considerar que dicha posibilidad existía, que la misma ofertó en otros lotes a 0,01 euros, como las partes manifiestan y este Tribunal ha podido comprobar. La recurrente licita en UTE con otra entidad y oferta prestaciones a 0,01 euros tanto en el lote 1 como en el 3. Dicha actuación a juicio de este Tribunal es contraria a la buena fe, a un comportamiento coherente y a la doctrina de los propios actos, dado que la misma no puede esgrimir toda una serie de infracciones derivadas de las prestaciones ofertadas por la adjudicataria a 0,01 euros cuando su propia proposición incluye prestaciones a ese importe o, cuando menos, debió de haber argumentado los motivos por los que en su oferta no se producía las infracciones alegadas dado que en principio nos encontramos ante una situación idéntica.

Sobre esta cuestión se refiere el órgano de contratación en su informe cuando menciona: *«En todo caso, y a pesar del argumento aquí utilizado por la recurrente para ir en contra de la decisión del órgano de contratación de aceptar la oferta de la adjudicataria, inicialmente incurrida en valores anormales, no le resulta ajena la estrategia denunciada en la medida en que reconoce haberla utilizado a la hora de justificar los valores anormales en los que su propia oferta incurrió respecto del lote 1 de este mismo expediente de contratación (Doc. n.º 8).*



*Así, tras haber ofertado la UTE TUNSTALL-SOLUTIA un precio de 0,001€ en relación con dos de las prestaciones que conforman el objeto contractual de dicho lote, cuando en la documentación aportada para dicha justificación se refiere a los ingresos previstos en base a la oferta presentada por la misma, menciona expresamente que “Los ingresos correspondientes a las partidas asociadas al “Coste estimado de Infraestructura para alojamiento en la Nube” y “Despliegue y Puesta en Marcha de la Plataforma y adaptación del contenido a la imagen corporativa de ASSDA”, han sido repercutidas en los conceptos de “Licenciamiento” y “Soporte/Mantenimiento”, como estrategia para la optimización en la obtención de la puntuación en base a las fórmulas del PCAP”.*»

Por lo anterior, en tanto que la posibilidad de ofertar a 0,01 euros está prevista en el propio PCAP regulador de la presente licitación y en tanto que la propia recurrente hizo uso de esta posibilidad a través de la UTE de la que formó parte para presentar oferta a la presente licitación procede la desestimación de este motivo de recuso, al no poder ya, como indicamos, impugnar una cuestión claramente establecida en el pliego regulador del procedimiento que quedó firme y porque, a mayor abundamiento, no puede recriminar determinada actuación de otra licitadora cuando ella actuó de la misma forma, de acuerdo con la doctrina de los actos propios y el aforismo *venire contra factum proprium non valet*.

#### **UNDÉCIMO. Fondo del recurso: Sobre el motivo relativo a la posible arbitrariedad o error material en la decisión de la mesa de contratación al proponer la admisión de la oferta de la adjudicataria.**

En este motivo de recurso se argumenta que la entidad adjudicataria no ha justificado suficientemente la viabilidad de su proposición. En este sentido vincula el importe de la bajada que afirma asciende al 37,37% respecto del presupuesto de licitación, con la cuestión relativa a que en los pliegos se prevé que el órgano de contratación podrá reinvertir el sobrante de la licitación en la instalación adicional de packs de dispositivos. Realiza cálculos en su escrito de impugnación para concluir que ello supondría la instalación de 14.000 packs adicionales. Con respecto a las mejoras menciona que en la oferta de la recurrente se contienen 100 sensores adicionales que en su experiencia tienen un importe aproximado de 8.750 euros. Asimismo, la recurrente cuantifica el valor de las mejoras presentadas por la adjudicataria respecto de los tiempos de respuesta exigidos en el PCAP, calcula que el coste de las mejoras ofrecidas respecto de los dispositivos adicionales ascendería a 478.000 euros, con relación a la garantía adicional de 60 meses dicha mejora la cuantifica en 3.111.666,24 euros, y el coste de la garantía del cambio de batería ascendería a su juicio a 193.632 euros. Por otro lado, con relación a los costes reales de las partidas a 0,01 euros argumenta que el servicio de retirada ascendería a 819.518, 71 euros y el servicio de analítica de datos a 986.688 euros. Reproduce una tabla resumen concluyendo que la oferta de la adjudicataria sería deficitaria en más de 4 millones de euros.

La recurrente además argumenta que a la vista de los informes de viabilidad desconoce el número total de dispositivos adicionales a ofertar hasta agotar el presupuesto, ni tampoco se recoge un desglose de los costes generales e indirectos. Afirma que de la información que se recoge en el segundo informe de viabilidad no se desprende ni existe el menor soporte que justifique los costes del servicio de analítica avanzada y la garantía in situ, afirma que la adjudicataria justifica el coste de la garantía como parte del precio del suministro «pese a no aportar ningún ejemplo que lo justifique» ni tampoco contiene el coste de los desplazamientos para realizar este servicio.

De todo lo anterior, la recurrente concluye que la admisión de la oferta de la adjudicataria resultaría arbitraria rebasando los límites de la doctrina de la discrecionalidad técnica aplicable a estos supuestos.

Sobre estas cuestiones procede realizar varias consideraciones, en este sentido y como el órgano de contratación argumenta, en primer lugar: «en la partida de suministro del Pack sensórica, los costes del portal de gestión de los dispositivos, que incluye a su vez los servicios de analítica de datos asociados a los mismos, ya que estas partidas se



*encuentran intrínsecamente unidas. El número de unidades del pack de sensórica coincide con el número de unidades mensual del servicio de analítica de datos según el PCAP.*

*• en la partida de la instalación/reinstalación del Pack, los servicios de retirada de los dispositivos para poder llevar a cabo una correcta prestación del servicio. Al igual que en el caso anterior, estas partidas se encuentran relacionadas a nivel operativo».*

En segundo lugar, y como indica la adjudicataria, parte de la justificación de su oferta se fundamenta en los acuerdos con sus socios que fueron puestos a disposición de la mesa de contratación y que no han podido ser trasladados debido a que los mismos fueron declarados confidenciales. En este sentido, resultan relevantes las consideraciones que realiza la adjudicataria al argumentar que los costes de la garantía calculados por la recurrente no tienen que coincidir con los de su oferta ya que se derivan de multitud de variables como los años de autonomía media de las baterías, que provienen de otro fabricante, ni tampoco tiene que coincidir la periodicidad de las labores de mantenimiento, por este mismo motivo.

En tercer lugar, con relación al coste simulado por la recurrente también resulta esclarecedor lo alegado por la adjudicataria: *«el coste presentado por Tunstall en su recurso se calcula en el escenario de agotamiento del presupuesto de licitación (18.272 domicilios + 14.000 adicionales, según sus cálculos respecto a nuestros precios y dicho presupuesto). Es evidente que, partiendo de ese escenario (a ejecutarse o no, total o parcialmente), el coste de la garantía arroja un dato mucho mayor, que puede resultar más impactante a los efectos pretendidos en su recurso. Sin embargo, no sería estrictamente necesario calcular el coste de la garantía en dicho escenario, en tanto en cuanto, ni los pliegos, ni el requerimiento de información complementaria de la Mesa de Contratación, apuntaban a esa necesidad».* Además, resulta relevante tener en cuenta -como indica la adjudicataria- que las simulaciones que realiza la recurrente no tienen en cuenta los ingresos derivados del agotamiento del presupuesto en caso que se dé, así afirma: *«la recurrente calcula los costes de esa simulación de nuestra oferta sobre el escenario de agotamiento del presupuesto máximo (por tanto, siempre son costes para cubrir 18.272 + 14.000 domicilios, con su pack de sensórica correspondiente) y, al contraponerlos a los ingresos para obtener nuestro supuesto beneficio/pérdidas en este contrato, curiosamente no utiliza los ingresos sobre ese mismo escenario de agotamiento del presupuesto máximo (17.981.051,20 €), sino los del importe total de nuestra oferta (11.261.575,40 €). Con simulaciones así, es claro que cualquier resultado, argumento, o conclusión, que se derive, es a todas luces desechable».*

En cuarto lugar, se ha de tener en cuenta la siguiente alegación de la adjudicataria: *«Ninguna de las partidas del caso de negocio de mi representada es deficitaria (ni la mayor ampliación de garantía, ni los menores tiempos de resolución, ni la entrega del máximo número de sensores como mejora, ni los servicios de analítica avanzada de datos o de retirada con precios unitarios de 0,01 €), en tanto en cuanto en ese caso de negocio se han contemplado los costes de todas las partidas, en su caso asumiendo alguna partida los costes de otra (...), y arrojando finalmente un beneficio del 6,38%.*

*- Este amplio beneficio permitiría, eventualmente y en el supuesto de que así fuera preciso, asumir algún gasto sobrevenido, pero sin que necesariamente haya de asumirlo, en el caso, por ejemplo, de agotamiento del presupuesto máximo, puesto que, tal y como se describió en nuestra justificación complementaria, las condiciones concertadas entre mi representada y sus socios, nos permiten aumentar los sensores a suministrar a un precio cada vez menor (al tiempo que aumentan los ingresos a percibir por esos suministros adicionales), pudiendo redundar por tanto en un beneficio equivalente al presentado en la justificación inicial, o incluso superior.*

*- En ese mismo sentido y tal y como se apuntaba con anterioridad, el peso de la garantía, presentado en nuestra justificación respecto de la partida en la que se han incluido sus costes (en los del suministro del pack de sensórica asociado a dicha garantía, conforme a nuestro modelo de negocio en estos proyectos), aumentaría proporcionalmente, en ese caso de agotamiento del presupuesto máximo, en consonancia a su vez con ese aumento en los ingresos a percibir, fruto de dicho agotamiento del presupuesto. Aumento en los ingresos que, tanto*



*a nivel cuantitativo como a nivel cualitativo, brilla del todo por su ausencia en el recurso de Tunstall, pese a tratarse de un factor determinante a la hora de cuestionar, y de incluso simular, la posible estructura de costes de mi representada en ese escenario de agotamiento del presupuesto de la licitación».*

En quinto lugar, con relación a los costes simulados por la recurrente la adjudicataria manifiesta: *«A título meramente ilustrativo, es evidente que no se prestarán servicios de retirada de sensores, si éstos no están previamente instalados. O que no se podrán iniciar los servicios de analítica de los datos recogidos por los sensores, si previamente, de nuevo, no están instalados y desplegados los sensores necesarios. Estamos ante un contrato en el que la planificación e implantación de todas las actuaciones, es también un componente muy relevante a la hora de abordar la viabilidad de una oferta. Hay servicios que se ejecutarán desde el primer mes de contrato, otros quizás desde el sexto mes. Pero los cálculos y argumentos de la recurrente no deberían formularse como si, siempre y en todo caso, para todas las actuaciones, se fueran a ejecutar un mismo número de unidades al mes, durante 60 meses, del primero al último (cada mes podrá ser más o menos intensivo en ciertas actuaciones, según la evolución de dicho contrato y la de la propia Administración)».*

En definitiva, este Tribunal concluye a la vista de las alegaciones de las partes y del contenido del informe de viabilidad, así como del complementario, que la decisión de admitir la oferta de la adjudicataria resulta suficientemente motivada, al contener la información sobre las distintas partidas, algunas agrupadas, por las que el órgano de contratación consideró que su proposición era viable. La recurrente, por otro lado, realiza una serie de cálculos paralelos que tratan de desvirtuar su contenido, si bien, como anteriormente se ha reproducido la propia adjudicataria en su escrito de alegaciones da respuesta a los errores en los cálculos realizados y llama la atención sobre el hecho de que los costes en los que incurre la recurrente no tienen por qué coincidir con los de la adjudicataria.

Sobre lo anterior es reiterada la doctrina de los Órganos de resolución de recursos contractuales mediante la que se afirma que, tratándose de la admisión de una proposición incurso inicialmente en presunción de anormalidad o desproporción, no se exige la motivación exhaustiva que debe producirse en caso de su rechazo o exclusión. Así en nuestra Resolución 613/2022, de 16 de diciembre, decíamos: *«este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones sobre la necesidad de que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que no se justifica adecuadamente la oferta, inicialmente, incurso en baja anormal o desproporcionada, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la misma, en los que no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación (v.g. Resoluciones 294/2016, de 18 de noviembre, 10/2018, de 17 de enero y 30/2018, de 8 de febrero, de este Tribunal, entre otras)».*

Asimismo, se ha de tener en cuenta la Sentencia, de 4 de julio de 2017, del Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-392/15, relativa a un procedimiento de licitación de un contrato público de servicios, en la cual se analiza, entre otros extremos, el alcance de la obligación de motivación que incumbe al órgano de contratación cuando considera que la oferta seleccionada como más ventajosa en un procedimiento de contratación no es anormalmente baja. Según indica dicho Tribunal, esta obligación de motivación tiene un alcance limitado, de manera que cuando un órgano de contratación selecciona una oferta, no está obligado a señalar expresamente, en respuesta a cualquier solicitud de motivación que le sea presentada, las razones por las cuales la oferta que ha seleccionado no le ha parecido anormalmente baja. En efecto, el Tribunal General señala que si la oferta ha sido seleccionada por el órgano de contratación, se deduce –implícita pero necesariamente– que este órgano ha considerado que no existían indicios de que dicha oferta fuera anormalmente baja. En definitiva, conforme a la doctrina expuesta, por un lado, en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la oferta, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, y por otro lado, si la justificación de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o



desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora.

Así pues, en el presente asunto en el que se ha considerado por el órgano de contratación que la documentación aportada para acreditar la viabilidad de la empresa justifica adecuadamente la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, lo que permite concluir que la motivación contenida en el informe, aunque concisa, ha resultado suficiente para conocer las razones que fundamentaron su decisión de viabilidad de la oferta.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de los Órganos de resolución de recursos contractuales, entre las que cabe mencionar la Resolución de este Tribunal 90/2019, de 21 de marzo, para la determinación de si una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, 314/2022, de 10 de junio, 22/2023, de 13 de enero y 102/2023, 17 de febrero, entre otras.

Diversos argumentos respaldarían la actuación del órgano de contratación que admite la viabilidad de la proposición de la adjudicataria, en este sentido se debe considerar, con relación al análisis de la globalidad de la oferta para determinar si la misma es viable y, en concreto con relación a los gastos generales y el beneficio industrial, se ha de tener en cuenta la doctrina mantenida por este Tribunal sintetizada en su Resolución 24/2023, de 13 de enero, en la que se indica: *«En este sentido, en términos generales, si la licitadora ha omitido en la justificación de la viabilidad de su oferta determinados costes, a criterio del órgano de contratación, o los ha calculado en cuantía insuficiente, o no han sido debidamente acreditados, dichos costes deben disminuir el beneficio industrial estimado en su justificación, en cuanto ello sea posible, sin necesidad de que la entidad licitadora deba hacer una mención expresa sobre esta cuestión De forma similar se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 371/2022, de 6 de julio, y el Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1966/2021, de 29 de diciembre».*

En definitiva, como indicamos, la recurrente realiza una valoración paralela comparando la oferta de la adjudicataria con los costes en los que ella incurriría si hubiera ofertado las prestaciones incluidas en la proposición de TELEFÓNICA o realizando una serie de simulaciones sobre determinadas circunstancias que bien, no tienen por qué producirse en la forma prevista por la recurrente, o se encuentran fundamentadas en datos que no son completamente correctos. En este sentido, la doctrina mantenida por este Tribunal es que las circunstancias diferenciadoras con el resto de licitadoras a la hora de valorar la viabilidad de las ofertas puede ser un indicio, pero nunca una circunstancia determinante (v.g. Resoluciones 69/2017, de 6 de abril, 75/2017, de 21 de abril, 5/2021, de 14 de enero y 416/2021, de 28 de octubre, de este Tribunal, entre otras), así este Tribunal viene indicando que: *«el juicio de viabilidad ha de centrarse en analizar si, con la justificación dada por la ahora recurrente, es posible que ésta ejecute adecuadamente el objeto del contrato por el precio y las condiciones ofrecidas, sin que el hecho de que la concurrencia en otras posibles licitadoras de los elementos justificativos de la baja presentada, pueda condicionar la viabilidad de la oferta que se examina individualmente considerada y no en relación con el resto. En este sentido, la no existencia de elementos o circunstancias diferenciadoras con el resto de las entidades licitadoras, pudiese ser un indicio pero nunca una circunstancia determinante para la aceptación o rechazo de la viabilidad de un oferta inicialmente incurso en baja anormal».*



En conclusión, a la vista de las alegaciones de la recurrente, que han sido desvirtuadas por el órgano de contratación y la adjudicataria, no quedan suficientemente acreditados los costes en los que mantiene va a incurrir la adjudicataria, no pudiendo este Tribunal suplir a la recurrente en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. Es decir, es la recurrente la que debe demostrar que el órgano de contratación ha incurrido en manifiesto error al admitir la oferta circunstancia que no se ha producido en el presente supuesto. Por tanto, este Tribunal no aprecia error ostensible o arbitrariedad en la admisión de la justificación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, por lo que procede la desestimación de este motivo de recurso.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos 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 **TUNSTALL IBERICA, S.A.**, contra la resolución del órgano de contratación de adjudicación, de 31 de julio de 2024, del contrato denominado “Servicios avanzados y complementarios del SAT”, respecto del lote 5, (Expte. CONTR 2023 537050), 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.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 5.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o 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 personas 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.

