Recurso 223/2023
Resolución 301/2023
Sección Segunda

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

Sevilla, 2 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADD4U SOLUCIONES PARA GESTIÓN Y DESARROLLO SL,** (en adelante, ADD4U) contra el anuncio y los pliegos que, entre otros documentos, rigen la licitación del contrato denominado "Servicios y suministros de licencias, instalación, parametrización y puesta a disposición de un Sistema Integrado de Gestión Electrónica Municipal" (Expte n.º 2080/2023) promovido por el Ayuntamiento de la Rinconada (Sevilla) este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de abril de 2023 se publicó el anuncio de licitación en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 19 de abril en el Diario Oficial de la Unión Europea, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con dicha fecha los pliegos se pusieron a disposición de los interesados.

El valor estimado del contrato asciende a 712 869.92 euros.

Con fecha 20 de abril de 2023 se publica en el perfil de contratante una diligencia suscrita por el Secretario municipal de rectificación de un error en la cláusula 15 b) 2 apartado d del anexo I al PCAP.

SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 2 de mayo de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ADD4U contra los pliegos que rigen el contrato referenciado.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 2 de mayo se dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue recibido con fecha 5 de mayo de 2023.

Mediante Resolución 50/2023, de fecha 5 de mayo de 2023, recaída en el RCT 222/2023 interpuesto contra los mismos pliegos que son objeto de impugnación en el presente recurso, se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

La Secretaria del Tribunal concedió plazo de alegaciones a los interesados constando que ha presentado escrito de oposición al recurso la entidad ESPUBLICO SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN S.A. (en adelante, ESPUBLICO) con fecha 15 de mayo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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.

Conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado se adoptó en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de La Rinconada (Sevilla) aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

El primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.».*

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando la solvencia técnica exigida ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad.

Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra el anuncio y los pliegos de un contrato mixto de suministro y servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, 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.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado el 2 de mayo de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto conforme al artículo 50.1 b) de la LCSP.

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

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos, de tal modo que de acuerdo con 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, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste expresa que lo tendrán 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. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal *«(...)que se anule la contratación de servicios y suministro de licencias, instalación, parametrización y puesta a disposición de un Sistema Integrado de gestión electrónica municipal". Ayuntamiento de la Rinconada. Ello a la vista de la ilicitud de los criterios de solvencia y las especificaciones técnicas y su forma de contemplarlas en el prescripciones técnicas presuntamente realizados por un empleado de la empresa Espublico.*
Que se remita a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), o en su caso, a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (ACREA) y a la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF), al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude de la Intervención General de la Administración del Estado».

Con carácter previo a la exposición de los motivos en que fundamenta su recurso, y que expondremos a continuación, la recurrente advierte de la interposición de un recurso especial frente a los pliegos reguladores de la licitación para la contratación del «Servicio de plataforma electrónica que facilite el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 39/2015. Expediente 1846/2020 del Ayuntamiento de Vera» que fueron anulados por Resolución 382/2021 de este Tribunal, no habiendo tenido constancia de una nueva licitación o de algún pronunciamiento de la autoridad de la competencia.

Fundamenta su pretensión en los siguientes motivos:

1. El primer motivo del recurso se centra en la desproporción de las exigencias técnicas y solvencia exigidas para concurrir a la licitación.

Con fundamento en los artículos 126 y 132.1 de la LCSP, alega que la contratación que impugna está configurada "a medida" a favor de una concreta empresa, por la inclusión de exigencias que califica de excesivas, denunciando, además, que los pliegos han sido redactados por la única empresa que puede resultar adjudicataria, y en concreto, esgrime los siguientes argumentos:

1.1 Características técnicas del sistema acreditadas a través de evidencias imposibles, y restrictivas de la competencia.

Alega que el pliego de prescripciones técnicas (PPT) exige la necesidad de acreditación de las características técnicas a través de una serie de evidencias incoherentes, arbitrarias y excesivas que exteriorizan un claro fraude en la contratación, invocando, al respecto, el Acuerdo 138/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Considera que el PPT debería haber indicado las normas técnicas necesarias para cumplir con los requisitos y la forma de acreditación de su cumplimiento, y justificado en el expediente, de manera objetiva, su elección sin restringir la libre concurrencia.

Denuncia que en la licitación que nos ocupa, se exige, como forma de acreditación, una serie de "evidencias" que solamente puede cumplir ESPUBLICO. Así, por ejemplo, en relación con el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad (ENS) se exige un certificado del HMS FIPS 140-2 Level 3 que es un certificado del programa de criptografía requerido por el Gobierno de los Estados Unidos. En esa línea, denuncia que se exige igualmente, un documento acreditativo de que la aplicación figura en el listado de aplicaciones de la Plataforma SIR, requisito que no es exigido por la Norma Técnica de Interoperabilidad del Modelo de Datos.

Asimismo, alega que la norma técnica no requiere que la conexión se haga usando la instalación propia, sino que acepta tres formas de integración en la plataforma Sistema de Intercambio de Registro (SIR) de la Administración electrónica del Estado:

a) Usando los servicios comunes de registro certificados en la plataforma SIR, que pueden ser proporcionados por la SGAD (ORVE en el caso de la recurrente). Adjunta certificados de diversos organismos públicos indicando que la funcionalidad del sistema de intercambio de registros está disponible y en producción (anexo VI).
b) Usando una instalación propia certificada en la plataforma SIR.
c) Usando una instalación certificada en SIR de un proveedor Punto de Presencia en la red SARA (PdP).

Manifiesta que la plataforma que ofertan cuenta con probada solvencia y está integrada con el SIR pudiéndose comprobar que la funcionalidad con el referido sistema opera desde el año 2019 y automatiza completamente las acciones de SIR. A diferencia de ello, el requisito que se solicita es figurar en un listado concreto https://administracionelectronica.gob.es/ctt/resources/Soluciones/214/Descargas/SIR-.

Por otra parte, cuestiona que se exija el "*Informe de evaluación emitido por la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica que la aplicación está autorizada para publicar en el perfil del contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y para hacer uso de los Servicios de Gestión del espacio virtual de licitación".* Alega que la normativa no obliga a contar con ese informe para poder concurrir a la licitación, y que la empresa Espublico no presenta un informe ni de su plataforma, a su nombre, ni siquiera de los Ayuntamientos o entidades concretas sino de la Diputación de Castellón, de un organismo que nada tiene que ver con las licitaciones de referencia, y a pesar de ello, se le admite.

1.2. La exigencia del certificado ISO 27301.

Considera que la exigencia del referido certificado o su equivalente es redundante, desproporcionada y discriminatoria ya que el artículo 26 del Real Decreto que regula el ENS establece la continuidad de la actividad como principio y medida de la política de seguridad, y al cumplir con el ENS la empresa ya ha sido auditada por una entidad certificada con relación a las medidas técnicas, jurídicas y organizativas necesarias para garantizar la continuidad del negocio.

1.3. Otros incumplimientos.

Alega que el criterio relativo a la solvencia económica que se exige (900.000 euros) resulta desproporcionado de conformidad con lo previsto en el artículo 87 de la LCSP, a la vista del presupuesto base de licitación, que es la suma de 223.509, 92 euros (2023) y 367.020 euros por tres años, con lo que, calculando la anualidad media de dichos importes y su división entre tres años de mantenimiento y la primera anualidad, resultaría 590.529,92/4= 147.630,98 euros. Si multiplicamos dicha cifra por 1,5 tendríamos el máximo que podía haberse exigido: 221.446, 47 frente a los 900.000 anuales que se solicitan.

Denuncia que la ejecución del presente contrato implica una cesión de datos habiéndose omitido la previsión de la condición especial de ejecución contemplada en el artículo 202.1 párrafo 3 de la LCSP.

Asimismo, alega que no se han publicado la memoria justificativa ni se han tomado las medidas necesarias para garantizar la competencia contempladas en el artículo 70 de la LCSP.

Finalmente, considera ilegal el criterio de adjudicación de evaluación automática "*Criterio 7: Integración en la Red Nacional de SOC (5 puntos): Obtendrán 5 puntos los licitadores que acrediten estar integrados en la Red Nacional de SOC, nivel GOLD, que impulsa el Centro Criptológico Nacional, a los efectos de mejora en la herramienta a suministrar en las capacidades nacionales de defensa, detención y respuesta a posibles ciber incidentes y ciber amenazas.*
Para valorar esta mejora se verificará que el licitador aparezca en el listado oficial publicado por el Centro Criptológico Nacional que es accesible desde la siguiente dirección: https://rns.ccn-cert.cni.es/es/integrantes-rns/listado-completo-de -integrantes". Basa la ilegalidad del criterio en que va referido a la empresa licitadora y no a la solución, resultando, además, que es un criterio que solamente puede cumplir ESPUBLICO.

2. El segundo motivo alude a la existencia de claros indicios de fraude en la licitación y de incompatibilidad en la participación de un agente que ha ejercido un trato discriminatorio y restrictivo de la competencia que ha viciado totalmente el procedimiento. Así, tras invocar los artículos 64 y 70 de la LCSP alega la evidencia de que se están empleando criterios desproporcionados y que existe una clara influencia fraudulenta imputando la presunta autoría del pliego a un profesional de la propia empresa. En apoyo de tal afirmación, sostiene que, una vez descargado el PPT y mirando a través de un visor de PDFs se comprueban sus metadatos sobre el autor del pliego, un empleado de la empresa, que identifica por sus datos personales, pudiendo corroborarse que el autor es personal de la empresa, indicando que ha participado bajo la marca de la empresa ESPUBLICO en otros congresos como el de archiveros de Castilla la Mancha.

Incorpora un anexo IV- Excel 1144 en el que incluye un listado de varias de las últimas licitaciones en las que se exigen similares características de solvencia y a las que solamente ha concurrido un único licitador. Así, califica de sospechoso que más de 1.396 licitaciones incluyan criterios para limitar la concurrencia de otras empresas.

Denuncia que la empresa presione a los órganos de contratación para que usen sus plantillas de informes para excluir a la competencia, exponiendo determinados extremos de los que infiere la conducta fraudulenta.

En definitiva, alega que el procedimiento de licitación del Ayuntamiento de La Rinconada es un supuesto más dentro de la trama de corrupción en la contratación pública en los últimos años en España, y previa invocación del artículo 132.3 de la LCSP solicita de este Tribunal que notifique los hechos denunciados a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por exceder del ámbito territorial de la autoridad autonómica, al estimar que la conducta anterior pudiera ser constitutiva de infracción en materia de defensa de la competencia.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita la desestimación del mismo sobre la base de los argumentos que se exponen a continuación.

Con relación a los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, niega que el importe de la cifra de negocios exigido en los pliegos como umbral de solvencia sea desproporcionado sobre la base del artículo 87 de la LCSP que prevé un límite máximo de una vez y media el valor estimado del contrato. Esgrime que en el presente caso, y siendo el límite superior de 1.069.304, 88 euros, habiéndose fijado el criterio de selección en 900.000 euros queda por debajo del limite máximo legalmente permitido.

Con relación a los certificados exigidos, alega que en el apartado 12.b) 2 de la memoria justificativa se recoge la indicación de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad de la empresa, seguridad de la información, privacidad y continuidad. Respecto del cumplimiento de los criterios exigidos por el órgano de contratación referente a los estándares en la gestión de la calidad empresarial y la seguridad de la información, aduce que se hace referencia en los pliegos a certificados reconocidos internacionalmente bajo la norma ISO o equivalente, no estimando que suponga un criterio restrictivo para entidades que trabajen en un mercado tan exigente.

Respecto de la inexistencia de una condición especial de ejecución relativa a la cesión de datos, indica que, a diferencia de lo que sostiene la recurrente, en la cláusula 36 del anexo I sí se contemplan, entre las obligaciones de la empresa adjudicataria, la de someterse a la normativa nacional y de la Unión europea en materia de protección de datos, calificándolas los pliegos como esenciales.

Respecto de la falta de publicación de la memoria, indica que aquella sí se publicó el 19 de abril de 2023 junto con el resto de documentos, tras la publicación del anuncio en el perfil de contratante del Ayuntamiento el 16 de abril de 2023.

Por otra parte, niega que los requisitos técnicos exigidos en la licitación creen obstáculos injustificados a la apertura a la concurrencia, afirmando que un total de sesenta entidades (tanto públicas como privadas) sí pueden cumplir con los requisitos exigidos.

Con relación a las características técnicas del sistema a acreditar establecidas en los apartados 3.1 y 3.2 del PPT, señala que, con fundamento en la discrecionalidad que le asiste para la configuración del objeto del contrato, según sus necesidades de contratación, en la presente licitación ha requerido el cumplimiento de exigencias altas con relación al cumplimiento del ENS y del ENI. Invoca, al respecto, numerosas resoluciones de los Tribunales y otros órganos de resolución de recursos contractuales, como la resolución 79/2023 y 92/2023 de 23 de febrero y 2 de marzo, respectivamente, del Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de Madrid. Añade que para la justificación de los criterios de cumplimiento del ENS y del ENI el PPT se solicita la presentación de documentación cuya obtención es accesible a cualquier licitador por lo que no configuran criterios restrictivos de la competencia.

A continuación inserta un cuadro explicativo y justificativo de las evidencias del cumplimiento de los requisitos mínimos en materia de seguridad y disponibilidad (apartado 3.1 del PPT) y del cumplimiento del esquema nacional de interoperabilidad (apartado 3.2 del PPT) describiendo para cada uno de los apartados, la evidencia; la descripción, la normativa que le sirve de fundamento y la explicación de la elección del requisito.

Finalmente, respecto de la imputación de fraude alega que es práctica común en todas las Administraciones Públicas, a la hora de preparar una licitación acudir a los pliegos publicados por otras entidades en la Plataforma de contratos del Sector Público, manifestando haber seguido el órgano de contratación esa práctica para la redacción del PPT regulador de la presente licitación.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Alega, en síntesis, que aunque el recurso se dirige contra los pliegos por entender que establecen criterios restrictivos de la competencia, el trasfondo del recurso se dirige a lanzar acusaciones y elucubraciones sin fundamento que atentan, de manera grave, a sus intereses y a las que se opone frontalmente.

Manifiesta la importancia de poner de relieve la naturaleza que ostenta de empresa especializada en la prestación de servicios jurídicos y tecnológicos dirigidos al sector público, con más de 6.000 clientes en dicho ámbito. Añade que el simple hecho de haber resultado adjudicatario de las 1.400 licitaciones que la recurrente aporta como prueba no refleja sino el sometimiento de la misma a las garantías y requisitos procedimentales exigidos en los procedimientos de contratación pública.

Sobre el fondo del asunto, básicamente, se opone al recurso, alegando que los pliegos impugnados no provocan la restricción de la competencia que se denuncia, y solicita la desestimación del mismo, sobre la base de los argumentos que iremos exponiendo al hilo del análisis de los distintos motivos sobre los que pivota el recurso.

SÉPTIMO.- Consideraciones del Tribunal. Sobre el carácter restrictivo y/o desproporcionado de los criterios de solvencia económica y técnica y de las especificaciones técnicas exigidas en los pliegos. Sobre otros incumplimientos del PCAP.

En la medida que el presente recurso se dirige contra los mismos pliegos y se fundamenta prácticamente en idénticos motivos que los esgrimidos en el RCT 222/2023 que han sido analizados en la Resolución 300/2023 de 26 de mayo de este Tribunal, hemos de comenzar invocando las consideraciones efectuadas en aquella sobre la finalidad de los requisitos o criterios de solvencia técnica, en la que nos remitíamos, a su vez, a las consideraciones efectuadas en la Resolución 382/2021 de este Tribunal.

« (...)La condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato regulado en el articulo 74.2 de la LCSP se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que es preciso para conocer la admisibilidad del criterio concreto, determinar en cada supuesto si los parámetros establecidos en el PCAP y PPT son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. Es decir, esta proporcionalidad viene dada por la relación existente entre lo exigido como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su volumen económico, pues una exigencia no proporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

A efectos de determinar la necesaria justificación de los requisitos denunciados por la recurrente, asimismo debe mencionarse la Resolución 58/2014, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón al apuntar que: "Como este Tribunal estableció en su Acuerdo 9/2014: «En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato. Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP. El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada»".

El considerando 83 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/C reflejaban ya esta previsión. Esta Directiva ya señalaba en el artículo 58 que:

"Los criterios de selección pueden referirse a: a) la habilitación para ejercer la actividad profesional; b) la solvencia económica y financiera; c) la capacidad técnica y profesional. Los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 a los operadores económicos como requisitos de participación. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él. (…) 5. Los poderes adjudicadores indicarán las condiciones exigidas para la participación, que podrán expresarse como niveles mínimos de capacidad, así como el medio de prueba adecuado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 2 de diciembre de 1999, en el asunto C-176/98, Holst Italia establecía ya que la finalidad de los criterios de selección fijados en las Directivas, (con relación a las antiguas directivas de contratación cuyo contenido ya recogía estas previsiones), era definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad de los licitadores permitiendo a estos justificar su capacidad mediante cualquier documento que las entidades adjudicadoras consideren apropiado. Advierte además que corresponde a la entidad adjudicadora, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados. Los órganos de contratación deben asegurar que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones que puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios, entre los que se reconoce la libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad. Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato.

La Resolución 122/2020, de 21 de mayo, de este Tribunal señala que "no hay que olvidar que, si bien el órgano de contratación ha de procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, debe cuidar que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación".

En tal sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que "Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo" y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que "en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación ha de estar vinculado al objeto y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido".»

A fin de dotar de una mayor sistemática al análisis de las distintas cuestiones planteadas, abordaremos, conforme al orden que sigue (que no es coincidente propiamente con el de la exposición del recurso) los distintos motivos de impugnación.

1. Sobre el carácter desproporcionado del criterio relativo a la solvencia económica y financiera exigida en el punto 15. a) del Anexo I del PCAP relativo a los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera.

El tenor literal de la referida previsión es el siguiente:

« (…)
a) Medios de acreditación de la solvencia económica y financiera.
La solvencia económica y financiera se acreditará, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la LCSP. Mediante el volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato. Se acreditará mediante la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.

Se considerará que la empresa tiene solvencia económica y financiera, en función de la documentación exigida en el apartado anterior, si cumple con el criterio o los criterios que a continuación se señalan

- Si de la documentación aportada referida al volumen anual de negocios resulta que el volumen anual de negocios de la persona o entidad licitadora, referida al mayor volumen de negocios de los tres últimos, es al menos 900.000 euros.» (el subrayado es nuestro)

La recurrente considera desproporcionado el requisito mínimo de solvencia económica establecido y lo argumenta en que, siendo el cálculo de la anualidad media un importe de 147.630, 98 euros, multiplicada dicha cifra por 1,5, el máximo que podía haberse exigido era de 221.446, 47 euros y no los 900.000 euros que se exigen como criterio de selección.

Frente a ello, opone el órgano de contratación que, en el presente caso, y siendo el límite superior de 1.069.304, 88 euros, habiéndose fijado el criterio de selección en 900.000 euros queda por debajo del limite máximo legalmente permitido.

Este Tribunal ha ido acuñando una doctrina sobre esta materia. Así, en nuestra Resolución 194/2020, de 4 junio, señalábamos lo siguiente: *«Es doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de Órganos administrativos de resolución de recursos contractuales que, si bien el órgano de contratación debe procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, ha de cuidar, asimismo, que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación. En tal sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que "Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo" y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que "en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación ha de estar vinculado al objeto y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido"».*

En el supuesto enjuiciado, el órgano de contratación debería haber justificado en el expediente la elección de este requisito mínimo de solvencia económica como prescribe el artículo 116.4 de la LCSP, lo que hubiese permitido verificar su proporcionalidad y objetividad en los términos establecidos por el artículo 74.2 del citado texto legal. Tal omisión ha sustraído a este Tribunal del conocimiento de las razones que han conducido al órgano de contratación a la elección de un criterio de selección como el controvertido. No obstante, la recurrente no denuncia la falta de justificación, sino solo el carácter desproporcionado del criterio, que es lo que debe ser objeto de nuestro examen.

El órgano de contratación insiste en que el requisito exigido es proporcionado atendiendo a lo establecido en el artículo 87 de la LCSP puesto que la cifra exigida como solvencia sería en todo caso, inferior a una vez y media el valor estimado del contrato. No obstante, y ante la ausencia de justificación por el órgano de contratación que permita acreditar lo contrario**,** estimamos que el requisito exigido en puridad es desproporcionado. Pese a lo alegado en el informe al recurso, tal desproporción se pone de manifiesto si acudimos como referencia al artículo 11.4 b) del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, que establece que *"…el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato".* En el caso que nos ocupa, el cálculo de la anualidad media sobre la base del valor estimado (no del presupuesto base de licitación como, de manera errónea, ha efectuado la recurrente) arrojaría una cantidad de 178.217,48 euros, de ahí que este Tribunal advierta el carácter desproporcionado del importe exigido, 900.000 euros, como volumen anual de negocios, referido al año de mayor volumen.

El carácter desproporcionado del requisito se hace patente además si consideramos que, contando con la previsible baja de las ofertas en el precio para el propio contrato licitado, su ejecución no atribuiría a la adjudicataria que lo ejecutara la idoneidad para concurrir en un futuro contrato semejante, pues no habría ejecutado un contrato por un precio superior al presupuesto establecido. Se fija, en definitiva, un criterio que excede, a juicio de este Tribunal, del requisito mínimo de solvencia razonablemente exigible y es injustificadamente restrictivo de la concurrencia.

Lo expuesto nos lleva a estimar este motivo, por el carácter desproporcionado del requisito de solvencia económica financiera exigido, y anular el punto 15. a) del Anexo I del PCAP. sin perjuicio, en todo caso, del deber que el legislador impone al órgano de contratación de justificar en el expediente la elección de todo criterio de solvencia, por imperativo del artículo 116.4 del texto contractual.

2. Sobre el carácter restrictivo de la concurrencia, y por tanto, la no conformidad a derecho de las exigencias técnicas exigidas para concurrir a la licitación.

2.1.- Sobre la arbitrariedad del medio de acreditación de las características técnicas del sistema a través de evidencias imposibles y restrictivas de la competencia.

La cuestión controvertida pivota en torno al apartado 3.1 del PPT que, según sostiene la recurrente, impone la necesidad de acreditación de las características técnicas del sistema a través de una serie de evidencias incoherentes, excesivas y arbitrarias, además de incurrir en claro fraude.

El apartado 3 del PPT bajo la rúbrica «*CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DEL SISTEMA»,* por lo que aquí nos interesa, establece lo siguiente:

«3.1. Seguridad y disponibilidad.
El sistema objeto de este contrato debe cumplir con el Esquema Nacional de Interoperabilidad y el Esquema Nacional de Seguridad, que en ambos casos constituyen prescripciones técnicas de carácter obligatorio a nivel nacional.
3.1. Seguridad y disponibilidad .
El sistema de información objeto del contrato es una pieza crítica dentro de los sistemas de información de las entidades para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la implantación de la administración electrónica y otras instrucciones técnicas.
A través de este servicio se custodia toda la información y producción documental generada por las entidades siendo por lo tanto un requisito ineludible el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad en su CATEGORÍA ALTA, ofreciendo las máximas garantías disponibilidad, trazabilidad, integridad, autenticidad y confidencialidad de la información almacenada.
De conformidad con lo dispuesto en el apartado VII de la Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con

el Esquema Nacional de Seguridad, todos licitadores deberán haber obtenido, de la solución que presenten en su oferta, la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad en su CATEGORÍA ALTA.
La solución debe tener una arquitectura lo suficientemente robusta para que pueda darse servicio desde diferentes ubicaciones en caso de desastre. Los lugares donde esté alojada la solución deben ser Centros de proceso de datos (CPD).
• CPD principal: Lugar obligatorio donde se alojan los servidores, bases de datos, almacenamiento de ficheros, dispositivos de red y todos aquellos elementos necesarios para una correcta ejecución del servicio en su funcionamiento normal.

• CPD secundario: Lugar obligatorio donde se alojan los servidores, bases de datos, almacenamiento de ficheros, dispositivos de red y todos aquellos elementos necesarios para una correcta ejecución del servicio cuando el CPD principal no pueda dar servicio total o parcialmente.

Para que un CPD se considere secundario debe tener al menos una réplica de todas las bases de datos y de todos los ficheros almacenados con menos de 1h de retraso respecto de los del principal.
La solución debe estar alojada en Centros de Procesos de Datos (CPD) con las suficientes garantías físicas para que se pueda dar el servicio prestado.
El CPD principal donde se alojen los datos de producción deberá ser al menos Tier IV.
Deberá disponer de dos líneas de acceso a Internet con proveedores diferentes para poder dar servicio en caso de que una de ellas falle o acreditar ser sistema autónomo de Internet (AS) realizando su propia gestión de tráfico a Internet, por lo que no necesite la contratación de proveedores de acceso
El CPD secundario deberá ser al menos Tier III o certificación similar.
Las comunicaciones entre los distintos CPD deberán ser realizadas por líneas punto a punto.
La memoria técnica deberá describir los sistemas de protección específicos para hacer frente a ataques de denegación de servicio y sistemas de detección y prevención de intrusiones.
Para poder comprobar que se cumplen estos requisitos mínimos, será necesario que el licitador incorpore en su oferta las siguientes evidencias: (el subrayado es nuestro)

EVIDENCIAS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EN MATERIA DE SEGURIDAD Y DISPONIBILIDAD	
Evidencia	*Descripción*
SYD-01	*Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad en su categor de administración electrónica emitido por una Entidad de Certificación acreditad Criptográfico Nacional (CCN)*
SYD-02	*Certificación del CPD principal*
SYD-03	*Certificación del CPD secundario*
SYD-04	*Certificado de seguridad de HSM FIPS 140-2 Level 3*

El órgano de contratación en su informe al recurso explica la justificación de la especificación técnica exigida y la forma de acreditación en cada caso, extremo éste último sobre el que se circunscribe en puridad el presente debate, ya que, como señala la propia recurrente, el conflicto no proviene de las funcionalidades sino de la forma en que aquellas se acreditan, al afirmar que solamente una empresa las puede cumplir en el mercado.

Así, en el caso del certificado *HSM FIPS 140-2 Level 3* – exigido por el PPT- el informe del órgano explica que se trata de un certificado criptográfico internacional de seguridad de firmas electrónicas que ofrece las máximas garantías de seguridad y fiabilidad.

La recurrente en su recurso se limita a afirmar, respecto de esta exigencia en concreto, que "resulta improcedente" imponer una certificación estadounidense que vincula exclusivamente a las agencias federales, civiles y militares estadounidenses. Denuncia, en definitiva, infracción del principio de libre concurrencia esgrimiendo que el PPT incluye evidencias que solo un licitador podría cumplir y que dichas exigencias coinciden textualmente con las que ese licitador tiene aportadas señalando el acceso a la página web htpps://info.gestiona.espublico.com/evidencias/ enlace al que este Tribunal ha comprobado no se puede acceder sin la clave correspondiente.

Frente a ello, el órgano en su informe al recurso justifica la especificación técnica exigida por la necesidad de no rebajar la calidad del sistema de seguridad exigido en el sistema de gestión integral de Administración digital con respecto al sistema de firma electrónica y sellos electrónicos. Por otra parte afirma, que existen otros varios proveedores en el mercado que cumplen con la exigencia de dicho certificado, mencionando, en concreto, CAMERFIRMA o GLOBALSIGN.

La cuestión controvertida ha sido abordada en la Resolución 300/2023, de 2 de junio de este Tribunal por lo que a las consideraciones en aquella efectuadas nos remitimos íntegramente. Respecto de la cuestión suscitada, nos pronunciábamos en los siguientes términos:

> *«La controversia que se suscita versa sobre si las evidencias para el cumplimiento de los requisitos mínimos en materia de seguridad y disponibilidad, por un lado, y las evidencias para el cumplimiento de los requisitos mínimos en materia de adecuación al ENI que se establecen en la cláusula tercera del PPT vulneran el artículo 126.2 de la LCSP y conculcan, en última instancia, el principio de igualdad de trato entre licitadores establecido en el artículo 132.1 de la LCSP. En parte esta cuestión ha sido analizada ya en el fundamento de derecho anterior al examinar la naturaleza de los medios de concreción de la solvencia técnica establecidos en el punto 15. b) 4 del anexo I en relación con las evidencias exigidas en la cláusula 3.1 y 3.2 del PPT.*
>
> *Ahora bien, lo que la recurrente critica, no es el cumplimiento de las funcionalidades exigidas sino la forma de acreditación de las mismas, al requerir el pliego, como antes hemos indicado, entre las evidencias del cumplimiento de los requisitos mínimos en materia de adecuación al ENI, que se solicite un documento acreditativo de que la aplicación figura en el listado de aplicaciones de la Plataforma SIR, manifestando la recurrente que tal requisito no es exigido por la Norma Técnica de Interoperabilidad del modelo de datos y que es un aspecto técnico restrictivo en la medida que exige figurar en un listado concreto.*
>
> *A fin de clarificar la cuestión, hemos de acudir a lo dispuesto en el apartado 3.2 del PPT regulador de la presente licitación que establece:*
>
> *«Cumplimiento del Esquema Nacional de Interoperabilidad*
> *El sistema deberá asegurar un adecuado nivel de interoperabilidad organizativa, semántica y técnica de los datos, informaciones y servicios que las entidades gestionen en el ejercicio de sus competencias.*

En una gran medida, este deber de interoperabilidad se concreta en la necesidad de que el sistema se integre perfectamente con las aplicaciones y servicios comunes que la Administración General del Estado y otros entes, que han puesto a disposición de las administraciones públicas para cumplir con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, entre otras normas.
En el caso del Sistema de Intercambio de Registro (SIR) y de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), esta interoperabilidad se acredita superando un proceso de certificación por parte de los servicios técnicos de la Administración General del Estado, por lo que será requisito haber superado con éxito estas pruebas o certificaciones.
Hay que tener en cuenta que muchas de estas integraciones requieren que las comunicaciones se realicen a través de la Red SARA. Dado que el servicio contratado debe prestarse íntegramente en modalidad SaaS, será necesario que el licitador haya obtenido el reconocimiento de la condición de Punto de Presencia de la Red SARA de conformidad con Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría de Estado de Función Pública, donde se establecieron las condiciones que han de cumplirse para tener la consideración de Punto de Presencia de la Red SARA, con el objetivo de garantizar y facilitar la interoperabilidad de la solución ofertada para esta Administración.
La integración del sistema ofertado con el Sistema de Intercambio de Registros (SIR) deberá de haber pasado un proceso de certificación ante el órgano competente de Ministerio la cual eximirá a las entidades de tener que certificar nuevamente su aplicación de registro, ya que el mismo cumpliría con todos y cada uno de los requisitos exigidos para cumplir con todas las normas técnicas de interoperabilidad.
Tanto la solicitud del alta administrativa en el servicio SIR a la SGAD, como la activación de la integración en el registro electrónico general de las entidades, o migración en caso de utilizar otra aplicación anteriormente, será gestionada por el adjudicatario, sin que las entidades deban realizar ningún proceso de gestión, adaptación y/o certificación en sus instalaciones.
Para poder comprobar que se cumplen estos requisitos mínimos, será necesario que el licitador incorpore en su oferta las siguientes evidencias: (el subrayado es nuestro)

EVIDENCIAS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS MÍNIMOS EN MATERIA DE ADECUACIÓN AL ESQUEMA NACIONAL DE INTEROPERABILIDAD	
Evidencia	*Descripción*
ENI-01	*Documento emitido desde la Secretaria General de Administración Digital en la que se acredite el reconocimiento de la condición de Punto de Presencia de la Red Sara*
ENI-02	*Documento acreditativo de que la aplicación figura en el listado de aplicaciones de registro integradas en la plataforma SIR en la modalidad "instalación certificada en Sir de un proveedor Punto de Presencia en la Red SARA (PdP) que publica la Secretaria de Estado para las Administraciones Públicas.*
ENI-03	*Informe de evaluación emitido por la*

	Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica que la aplicación está autorizada para publicar en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y para hacer uso de los servicios de gestión del espacio virtual de licitación

El órgano de contratación justifica la elección del requisito técnico de conformidad con el cumplimiento del ENI y con el adecuado nivel de interoperabilidad organizativa, semántica y técnica de los datos, informaciones y servicios que las entidades gestionen en el ejercicio de sus competencias, y afirma que la instalación de una certificación en SIR de un proveedor en punto de presencia SARA no supone una restricción injustificada de la competencia, pues -indica- existen multitud de aplicaciones integradas y que dicha integración está abierta a ser desarrollada por cualquier operador del sector, a pesar de que no cuente con ello la recurrente ni su aplicativo.

En su escrito, la interesada alega que es competencia del órgano de contratación elegir entre las tres modalidades de integración en la Plataforma SIR que la Administración del Estado propone y que la entidad contratante optó por recoger en los pliegos la exigencia de una solución integrada directamente con esta plataforma, lo que a su juicio, obedece a las ventajas que aporta a una Administración Pública el hecho de contar con una solución que disponga este nivel de integración, entre ellas, un mayor nivel de automatización y un menor riesgo de error en una materia tan crítica e importante como el registro de una administración pública. Asimismo, añade que no considera que ello comporte una restricción injustificada de la competencia, manifestando, en consonancia con lo manifestado por el órgano de contratación en el informe al recurso, que hay decenas de aplicaciones integradas, e incluso, dicha integración está abierta a ser desarrollada por cualquier operador del sector, facilitando el siguiente enlace de acceso al listado de instalaciones certificadas: https://administracionelectronica.gob.es/ctt/resources/Soluciones/214/Descargas/SIRCER15361-listado-instalaciones-produccioncertificadas.pdf?idIniciativa=214&idElemento=17455

Pues bien, analizada la cuestión, ante la omisión de una debida motivación en el expediente, y teniendo presente la falta de concurrencia de licitadores a la presente licitación, este Tribunal alcanza la misma conclusión y ha de aplicar el mismo criterio que en la Resolución 382/2021, recaida en un supuesto prácticamente idéntico. En ella nos pronunciabamos en los siguientes términos:

«Se denuncia que en el PPT aparecen limitando la concurrencia frases que se mantienen de forma continuada en todas las licitaciones en las que un mismo adjudicatario fue el único concurrente.

En este sentido aporta un anexo al recurso listando todos ellos. Como ejemplo, se citan unas evidencias que limitan la concurrencia, y que se repiten siempre en las licitaciones con estas características. Así denuncia que bajo el texto: "Para poder comprobar que se cumplen estos requisitos mínimos, será necesario que el licitador incorpore en su oferta las siguientes evidencias" se establecen una serie de características que mezclan de forma aleatoria funcionalidades que efectivamente debería tener toda plataforma eficiente de tramitación, con otras características que sólo cumple la plataforma de tramitación del licitador que finalmente siempre concurre en solitario.

Así expresa que esta forma de proceder se repite una y otra vez, "en todos los pliegos técnicos de a lo largo y ancho de toda España, consigan el efecto deseado por el licitador citado".

Señala que se repiten en el PPT hasta 17 características, y algunas "no tienen la más mínima importancia, y cuyo único objetivo es que el licitador que pueda concurrir sea siempre el mismo, limitando de forma evidente la competencia".

Asimismo "limitan la concurrencia podrían ser citadas igualmente, siempre que no fuesen limitantes para la participación, pues tal y como puede verse en los excepcionales concursos en los que otro licitador intenta participar, son usados de forma repetitiva para excluirle de la licitación".(...) Esta limitación a la competencia se resolvería añadiendo en cada una de las características un textual que permita aumentar la concurrencia como los típicos, "o característica similar que cumpla fielmente con los objetivos del licitador y de la legislación objeto del contrato".

Observando la cláusula 4.2.16 denominada "Relación con Proveedores", estimamos que por los mismos motivos que anteriormente hemos abordado, y sin perjuicio de que la recurrente no define qué "evidencias" son las que figuran de un modo interesado para el fin propuesto supuestamente, lo cierto es que cuando en dicha cláusula se señala que "para poder comprobar que se cumplen estos requisitos mínimos, será necesario que el licitador incorpore en su oferta las siguientes evidencias", prosigue el texto enunciando esas evidencias sin que de su redacción se permita deducir por qué la plataforma propuesta por el licitador que concurra debe aportar todas y cada una de esas evidencias a efectos de ajustarse al Esquema Nacional de Interoperatividad (ENI). Sin embargo esas evidencias deberían haber quedado igualmente motivadas que son una exigencia concreta del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, o bien de su normativa de desarrollo, algo que en el presente supuesto habría contribuido a clarificar si las exigencias establecidas derivan verdaderamente de éstas o bien se debe su establecimiento a otros motivos de carácter técnico y no haberlas establecido en abstracto sin más, pues no es posible conocer cual es su razón de ser, más que una invocación genérica al ENI adoleciendo de la justificación suficiente, dado aún más si cabe la complejidad técnica de la materia.

Por todo ello, se debe estimar este motivo del recurso por infracción del artículo 126.2 del LCSP».

Por lo tanto, mutatis mutandi, puede extrapolarse la conclusión alcanzada respecto del apartado 3.2 del PPT al apartado 3.1 del PPT impugnado y en consecuencia, procede estimar el motivo del recurso, y anular en consecuencia el apartado 3.1 del PPT.

2.2 Sobre la exigencia del certificado ISO 27301.

La recurrente impugna la exigencia del certificado *ISO 2731 o equivalente* dentro de los requisitos de solvencia técnica, por considerarlo desproporcionado y discriminatorio, aparte de redundante e innecesario, habida cuenta de que, según afirma, el artículo 26 del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el ENS ya implica *per se* que la empresa ha sido auditada por una entidad certificada por ENAC en relación con las medidas técnicas, jurídicas y organizativas necesarias para garantizar la continuidad del servicio. Alega que dicho requisito podría exigirse, en todo caso, al adjudicatario durante la fase de ejecución del contrato mas como criterio de solvencia es restrictivo de la competencia.

El órgano de contratación, respecto de este concreto extremo, alega que en el apartado 12 de la memoria se justifica como criterio de solvencia técnica, la exigencia del certificado ISO 27301 con la mención "o equivalente" con relación a los estándares en la calidad de la gestión empresarial, y la seguridad de la información, por lo que no considera que entrañe un criterio restrictivo habida cuenta el alto nivel de exigencia en el ámbito de la Administración Pública con relación a la protección de datos.

Por su parte, la entidad interesada alega que la certificación que se exige ayuda a cumplir con los principios y obligaciones que impone la legislación en materia de protección de datos y privacidad, como pueden ser el Reglamento Europeo de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) pero considera que no se puede equiparar el cumplimiento del ENS a la mera remisión que efectúa la Disposición Adicional Primera de la LOPDGDD puesto que la referida Disposición Adicional viene a establecer la exigencia de que el ENS, respecto de las medidas para evitar la pérdida, alteración o acceso no autorizado de los datos, se adapte a los criterios previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, pero en ningún caso puede equipararse a la garantía del cumplimiento íntegro de dicha normativa, la cual abarca exigencias que escapan del ámbito del ENS, incluso, en su categoría ALTA. Concluye, por tanto, que será criterio del órgano de contratación establecer la certificación o acreditación precisa para garantizar que los licitadores cumplen con esta normativa en materia de protección de datos.

Pues bien, el apartado 12. b) de la memoria, al justificar los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional referidos a las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad de la empresa, la seguridad de la información, la privacidad y continuidad, establece, lo siguiente:

«d) Certificado sobre los sistemas de gestión de continuidad del negocio. Consiste en la identificación de los fundamentos de un Sistema de Gestión de la Continuidad de negocio, estableciendo el proceso, los principios y la terminología de gestión de continuidad de negocio.
Proporciona una base de entendimiento, desarrollo e implantación de continuidad de negocio dentro de la organización. Se usa para asegurar a las partes interesadas clave que su empresa está totalmente preparada y que puede cumplir con los requisitos internos, regulatorios y del cliente.
Proporciona a las organizaciones un marco que asegura que ellos pueden continuar trabajando durante las circunstancias más difíciles e inesperadas, siempre protegiendo a sus empleados, manteniendo su reputación y proporcionando la capacidad de continuar trabajando y comercializando».

La recurrente, si bien bajo el pretexto del carácter restrictivo de la concurrencia y de la competencia, en el fondo lo que cuestiona es la legalidad intrínseca del requisito como condición de solvencia técnica, al afirmar que requerir el certificado solo limita la competencia, de cara al acceso a la licitación y no está justificado, a menos que se solicite como mejora o criterio de adjudicación. Incluso plantea la hipótesis de la admisibilidad en la fase de ejecución, apuntando quizás a una posible condición especial de ejecución, con relación a la continuidad de la actividad como principio y medida de la política de seguridad en los términos exigidos por el artículo 26 del Real Decreto que regula el ENS.

La cuestión suscitada, por tanto, atañe a la legalidad de la exigencia del certificado referido como condición de solvencia técnica, en los términos en que la recurrente centra el debate.

En este sentido, conviene acudir a lo dispuesto en el punto 15. b) del Anexo I del PCAP que, al abordar la solvencia económica, financiera y técnica necesarias para concurrir a la licitación, establece lo siguiente, por lo que aquí nos interesa:

«2. Indicación de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad de la empresa, seguridad de la información, privacidad y continuidad :
Con la disposición de las siguientes certificaciones o similares (emitidas por una entidad de certificación autorizada por la entidad nacional de acreditación - ENAC- o cualquier otra que tenga suscrito alguno de los acuerdos internacionales basados en el reconocimiento mutuo de Unión Europea y EFTA, International Laboratory Accreditation Cooperation (ILAC) o International Accreditation Forum (IAF)):

d) Certificado sobre los sistemas de gestión de continuidad del negocio. Consiste en la identificación de los fundamentos de un Sistema de Gestión de la Continuidad de negocio, estableciendo el proceso, los principios y la terminología de gestión de continuidad de negocio.
Proporciona una base de entendimiento, desarrollo e implantación de continuidad de negocio dentro de la organización. Se usa para asegurar a las partes interesadas clave que su empresa está totalmente preparada y que puede cumplir con los requisitos internos, regulatorios y del cliente.
Proporciona a las organizaciones un marco que asegura que ellos pueden continuar trabajando durante las circunstancias más difíciles e inesperadas, siempre protegiendo a sus empleados, manteniendo su reputación y proporcionando la capacidad de continuar trabajando y comercializando.
Documentación obligatoria para su acreditación: Certificado ISO 27301 o equivalente.»

Con posterioridad, tal apartado fue modificado, por diligencia suscrita y publicada en el perfil de contratante el 20 de abril de 2023, como señala la recurrente en su recurso, a fin de corregir un error detectado en la indicación del certificado exigido siendo el certificado ISO correcto a presentar el Certificado ISO 22301.

Pues bien, como este Tribunal ha dictaminado en diversas Resoluciones (v.g Resolución 120/2022, de 18 de febrero) sobre la exigencia del cumplimiento de determinadas normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental y sobre la exigencia de certificados para su acreditación, la cuestión reside en la inviabilidad de la exigencia de unos determinados certificados cuando no se ha concretado previamente, entre los medios de solvencia técnica predeterminados por la norma, la adopción de unas determinadas medidas de control de la calidad o la disposición del personal encargado de ello, o simplemente sobre qué normas se deben cumplir y acreditar que se cumplen.

El PCAP que rige esta licitación establece en el punto 15. b) del Anexo I del PCAP los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional. Es indudable que las certificaciones que se exigen en el punto 15. b) 2 (*indicación de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad de la empresa, seguridad de la información, privacidad y continuidad*) se requieren como condición adicional de solvencia, y diferenciada de la prevista en el punto 15 b) 1, esto es, la relación de los principales servicios efectuados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años (2020, 2021 y 2022).

La cuestión controvertida se ha abordado por este Tribunal, en el fundamento de derecho séptimo de la Resolución 62/2021, de 25 de febrero, partiendo de la premisa de que es incorrecto exigir como criterio de acreditación de la solvencia técnica estar en posesión de determinados certificados de acreditación del cumplimiento de determinadas normas de control de garantía de la calidad (artículo 93 LCSP) o de gestión medioambiental (artículo 94 de la LCSP) sin que, simultáneamente, se concrete entre los medios de solvencia técnica exigidos en el PCAP, alguno de los previstos y descritos en el artículo 90 (para el caso de contratos de servicios), en relación con la indicación de las medidas adoptadas para garantizar la calidad o el sometimiento a un control sobre medidas de control de la calidad, o de gestión medioambiental que vaya a adoptar en la ejecución del contrato, que deban ajustarse a determinadas normas.

En el supuesto que analizamos, el PCAP exige estar en posesión de determinados certificados, y lo hace integrándolo en la solvencia técnica requerida, pero presenta el defecto de que no concreta, entre los medios de solvencia técnica exigidos, alguno de los previstos y descritos en el artículo 90 (para el caso de contratos de servicios), y en particular, la indicación de las medidas adoptadas para garantizar la calidad o el sometimiento a un control sobre medidas de control de la calidad, o de gestión medioambiental que vaya a adoptar en la ejecución del contrato, que deban ajustarse a determinadas normas, que son aquéllas cuyo cumplimiento debe acreditarse mediante los certificados exigidos.

En el artículo 90 de la LCSP se exige la concreción de los requisitos y condiciones de solvencia exigidos, y la forma de su acreditación. Estos aluden y concretan circunstancias o condiciones de solvencia. Los regulados en los artículos 93 y 94 consisten en aspectos relativos al cumplimiento de normas de garantía de la calidad y de la gestión medio ambiental, pero esos aspectos son o se refieren, bien al personal encargado del control de la calidad, bien a las medidas adoptadas para garantizar la calidad, bien a las medidas de control de la calidad. Pero en modo alguno se refieren como condición de solvencia a los certificados del cumplimiento de determinadas normas de garantía de la calidad. En el sentido indicado, el artículo 93 de la LCSP regula la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad, precepto que determina: "*1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantías de calidad, en particular en materia de accesibilidad para personas con discapacidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación. 2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios* " .

Pues bien, a la vista de dicha regulación, es indudable que, en el caso que analizamos, la condición de solvencia técnica consistiría en que la licitadora tenga personal cualificado responsable del control de la continuidad del negocio, o que adopte medidas de control de la calidad, pero no los certificados de que la empresa cumple determinadas normas de garantía con relación a la continuidad del servicio. La condición de solvencia lo es el cumplimiento de dichas normas determinadas, y el certificado es el medio de su acreditación.

Por tanto, el PCAP, al no concretar entre los requisitos o criterios de solvencia técnica, la exigencia del cumplimento de determinadas normas de garantía relativas a la identificación de los fundamentos de un sistema de gestión de la continuidad del servicio (estableciendo el proceso, los principios y la terminología de gestión de la referida continuidad) o la adopción de medidas de control en ese aspecto concreto o la existencia de personal responsable del mismo, no puede exigir el certificado cuya legalidad se cuestiona como medio de acreditación.

Por tanto, la inviabilidad en sí misma de la exigencia del certificado, en los términos planteados en el recurso y aquí analizados, determina que estimemos ilegal la exigencia de un determinado certificado para acreditar el cumplimiento de una norma que no está determinada en el propio PCAP, siendo así que procede estimar el motivo y anular el punto 15. b) 2 d) del Anexo I del PCAP.

3. Otros incumplimientos.

3.1 En primer lugar, la recurrente alega el incumplimiento de la previsión del artículo 202.1 párrafo tercero de la LCSP al denunciar que el PCAP no ha incluido una condición especial de ejecución al respecto, en

cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 202.1 párrafo 3 de la LCSP, pese a que la ejecución del contrato implique una cesión de datos.

El órgano de contratación sostiene, frente a ello, que en la cláusula 36.1 del PCAP sí se incluye, entre las obligaciones de la adjudicataria, bajo la rúbrica "*acceso a datos de carácter personal"* la referencia a la obligación del futuro contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.

Pues bien, hemos de convenir que no se da cumplimiento a la previsión establecida en el precepto invocado por la recurrente. El órgano de contratación no niega la mayor, esto es, que la ejecución del contrato no implique la cesión de datos por las entidades del sector público y partiendo de ello, debería haber establecido en el pliego una condición especial de ejecución en los términos establecidos legalmente y haber motivado en la memoria justificativa su establecimiento, cosa que no figura, tal y como este Tribunal ha podido corroborar.

Por el contrario, la cláusula 36 del PCAP a la que se refiere el órgano de contratación en su informe menciona la obligación de la empresa adjudicataria de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del apartado 1 del artículo 202 de la LCSP, pero efectivamente, no fija o establece una condición especial de ejecución a la que se anude el carácter de obligación contractual esencial. Tampoco en el apartado 10 de la memoria justificativa -correspondiente a las condiciones especiales de ejecución- se contempla una condición especial de ejecución- motivada por el hecho de que la ejecución del contrato implique una cesión de datos- más allá del deber de confidencialidad respecto de toda la información a la que tengan acceso, y la observancia del deber de sigilo respecto de los datos de carácter personal. La alegación, pues, debe estimarse.

3.2 En segundo lugar, denuncia como incumplimiento la falta de publicación de la información intercambiada en el marco de la preparación del procedimiento de contratación con la entidad a la que imputa haber participado en la elaboración de las especificaciones técnicas, alegando el incumplimiento del artículo 70 de la LCSP.

El órgano de contratación obvia en el informe al recurso cualquier referencia a la intervención de la entidad señalada por la recurrente en la elaboración de las especificaciones técnicas y se limita a indicar que la memoria justificativa del expediente fue debidamente publicada en el perfil de contratante el día 19 de abril de 2023.

Pues bien, la cuestión que suscita tiene que ver con la denuncia de fraude y existencia de practicas colusorias de la competencia que denuncia en el segundo motivo principal del recurso, en el que imputa directamente la autoría de las especificaciones técnicas a un empleado de la empresa que considera la recurrente ha intervenido en el diseño de la configuración de la licitación, y que examinaremos a continuación en el siguiente fundamento de derecho.

No obstante, este Tribunal aprecia que las imputaciones o aseveraciones efectuadas por la recurrente, respecto de la autoría de las especificaciones técnicas del PPT no están suficientemente acreditadas como para poder apreciar en este momento la conculcación de los artículos 64 y 70 de la LCSP, sin perjuicio de lo que se analizará más adelante en el siguiente fundamento de derecho.

3.3 Finalmente, la recurrente denuncia que el criterio de evaluación automático 7 "Integración en la Red Nacional de SOC (5 puntos)" es ilegal por ir referido a la empresa licitadora y no a la solución ofertada, alegando, asimismo, que es un criterio discriminatorio al valorar que el licitador aparezca en un listado oficial publicado

por el Centro Criptológico Nacional que solo cumple la entidad que considera que únicamente podría concurrir a la licitación.

El órgano de contratación, si bien no rebate la impugnación del criterio de adjudicación en concreto, con carácter general, se opone a la consideración de que los requisitos técnicos exigidos son restrictivos de la competencia, y a la imputación de fraude o prácticas colusorias.

Pues bien, el criterio de adjudicación controvertido establece lo siguiente:

«*Obtendrán 5 puntos los licitadores que acrediten estar integrados en la Red Nacional de SOC, nivel GOLD, que impulsa el Centro Criptológico Nacional, a los efectos de mejora en la herramienta a suministrar en las capacidades nacionales de defensa, detención y respuesta a posibles ciberincidentes y ciber amenazas.*
Para valorar esta mejora se verificará que el licitador aparezca en el listado oficial publicado por el Centro Criptológico Nacional que es accesible desde la siguiente dirección: https://rns.ccn-cert.cni.es/es/integrantes-rns/listado-completo-de-integrantes »

El artículo 145.5 de la LCSP señala que: "*5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*
a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.
b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores".

El artículo 116 de la LCSP, en cuanto a la iniciación y contenido, señala en el apartado 4:"*En el expediente se justificará adecuadamente(...). c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*(…)."

Por otra parte, debemos acudir, a la formulación jurisprudencial del principio de la discrecionalidad técnica aplicándolo en nuestro supuesto a la libre configuración de los criterios de adjudicación, el cual no ha sido por cierto invocado por ninguna de las partes, (ni por la recurrente ni por el órgano de contratación), que ha sido formulado y consagrado por la jurisprudencia de nuestros altos tribunales.

En tal sentido, cabe recordar que el Tribunal Supremo, reproduciendo la doctrina del Tribunal Constitucional ha dejado sentado en numerosas sentencias que en cuestiones que hayan de resolverse a través de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración (en el presente caso, del poder adjudicador), el único control que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales es el que se refiere a las cuestiones de legalidad que puedan verse afectadas por el dictamen técnico, de manera que no pueden corregir o alterar las apreciaciones realizadas en el mismo, ya

que dicho control sólo puede tener carácter jurídico, respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico.

Sin embargo, esta jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la motivación y el control de los actos discrecionales, es sabido que ha evolucionado, progresando en el control de los actos que son expresión de la discrecionalidad técnica, y reducir, así, las zonas exentas de control jurisdiccional en estos casos.

De esta manera, nos encontramos con la STS de 3 de julio de 2015 , que viene a considerar que "*en el ámbito de la discrecionalidad técnica resultan de aplicación las habituales técnicas de control de los actos discrecionales en general, a través del control de los aspectos formales del acto, los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales del derecho, la desviación de poder o la proscripción de la arbitrariedad"*.

Con fundamento en el principio de discrecionalidad técnica de la Administración, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos, de que vulneran el ordenamiento jurídico vigente o que se han dictado en clara discriminación de las licitadoras.

Sentado lo anterior, ha de advertirse que, de las actuaciones que obran en el expediente remitido por el órgano de contratación y, en especial, del contenido concreto del documento llamado "memoria justificativa" de la contratación mixta licitada, no puede en modo alguno deducirse que el criterio de adjudicación cuestionado se encuentre debidamente motivado, pues no se añade mayor explicación sobre las razones que lo fundamentan.

El artículo 116.4 de la LCSP es claro en cuanto a que los criterios de adjudicación deben encontrarse justificados de forma adecuada en el expediente contractual, y van indudablemente dirigidos a garantizar que el poder adjudicador acredite que los mismos se encuentran vinculados al objeto del contrato y son proporcionados y adecuados para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, como establece el artículo 145 de la LCSP, al objeto de preservar los principios generales que inspiran la contratación pública de la Unión Europea y que se encuentran recogidos en el artículo 1 de la indicada norma legal, especialmente los de libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, transparencia, integridad y seguridad jurídica, así como garantizar el derecho de defensa y réplica, mediante el recurso que corresponda, de aquellas posibles licitadoras que se consideren perjudicadas por las exigencias del pliego.

Por otra parte, más allá de la posible falta de vinculación con el objeto del contrato, y de la falta de definición de la mejora con la que explícitamente figura definido el criterio, puesta de manifiesto, lo cierto es que ha de darse la razón a la recurrente cuando afirma que es un criterio de adjudicación discriminatorio en el sentido de que, en principio, pudiera cumplir un solo licitador, ya que este Tribunal ha podido comprobar accediendo al enlace que se indica en el recurso, que solo obtiene un resultado del listado de integrantes "*nivel GOLD*" que exige el criterio.

Consecuentemente, en el supuesto que nos ocupa, no es posible la aplicación del principio de discrecionalidad técnica en favor del parecer de la Administración contratante (aunque ésta ni siquiera lo invoca) y debe estimarse el motivo de impugnación, por la falta de motivación de la vinculación con el objeto del contrato y la eventual vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores.

Por ello, el motivo ha de estimarse, y en consecuencia anular el criterio de adjudicación relativo a la "Integración en la Red Nacional de SOC (5 puntos)".

OCTAVO.- Consideraciones del Tribunal. Sobre la alegación de fraude en la contratación pública y la solicitud de remisión de los hechos denunciados ex artículo 132 de la LCSP.

Cuestión similar ha sido suscitada y analizada en la Resolución 300/2023, de 2 de junio, de este Tribunal, cuyas consideraciones tenemos presente a la hora de singularizarlas al supuesto que nos ocupa.

En el presente recurso se denuncia -al igual que en el RCT 222/2023 que ha dado origen a la mencionada Resolución 300/2023- que el diseño de la configuración de la licitación se ha hecho a medida de un solo licitador lo que conlleva una restricción más que evidente de la concurrencia que impediría concurrir a cualquier otro licitador. En el que nos ocupa ahora, la recurrente alega, además, indicios de fraude, corrupción y vicio en el procedimiento de contratación, invocando los artículos 64 y 70 de la LCSP y denunciando la participación de un empleado de la empresa ESPUBLICO en la elaboración de las especificaciones técnicas.

Por ello, se solicita de este Tribunal la remisión de los hechos denunciados a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la Agencia de la Competencia y Regulación Económica de Andalucía, a la Oficina Europea de Lucha contra el fraude y al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude de la Intervención General de la Administración del Estado.

Por su parte, el órgano de contratación niega las acusaciones vertidas y considera que en ningún caso, las especificaciones técnicas limitan la concurrencia efectiva.

La entidad interesada en su escrito de alegaciones, se opone a las alegaciones vertidas y sostiene que tiene implementado desde hace años un Programa de Cumplimiento Normativo (Compliance) que alcanza a todos los órdenes organizativos, impulsado por su Consejo de Administración, que dicho programa establece diferentes políticas de actuación, entre las que destacan el Código de Conducta, que recoge los principios éticos del grupo y en el que se establece la obligación para todos los empleados en cumplirlos. Igualmente, señala que tiene aprobada, bajo el mismo marco del programa de cumplimiento normativo, la Política Anticorrupción, con el objetivo de formalizar y difundir la existente cultura corporativa de rechazo absoluto y tolerancia cero frente a cualquier forma de corrupción en el seno de la entidad para el conjunto de sus relaciones; y finalmente, que fomenta la transparencia y honestidad en las relaciones comerciales o de negocio. Destaca el Canal de Denuncias que la compañía tiene abierto y en funcionamiento desde hace años, para que cualquier persona, de cualquier grupo de interés relacionada con ella pueda denunciar cualquier conducta irregular o impropia de cualquier empleado o profesional de la entidad.

El apartado 132 establece cuando trata los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia lo siguiente: *"3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación".*

El artículo 150 de la LCSP regula el incidente procedimental relativo a la detección y comunicación de conductas colusorias por parte de la mesa de contratación. La regulación de este incidente ha sido modificada en profundidad por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, cuya disposición final vigésima séptima da nueva redacción al artículo 150.1 de la LCSP. El incidente puede culminar con la exclusión de la oferta, si es que se considera que existen indicios suficientes de su carácter anticompetitivo

Lo que el citado precepto exige es la concurrencia de indicios suficientemente plausibles de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Pues bien, la recurrente hace hincapié, sin perjuicio de las alusiones al fraude y la corrupción, en la conducta del órgano de contratación a la hora de diseñar una licitación a medida de un licitador; a tal fin se ha remitido junto con este recurso especial en materia de contratación, como anexo, un listado de varios de los últimos concursos en los que la entidad contratante exige similares características de solvencia a las de la presente licitación y en los que finalmente sólo un licitador participa en la licitación.

A juicio de este Tribunal, y tal y como se analizó en la Resolución 300/2023, estamos ante una cuestión que atañe directamente a la actuación del órgano de contratación que precisamente es el que, por imperativo del artículo 64 de la LCSP debe tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, pero no se refiere propiamente a prácticas o conductas colusorias entre empresas participantes en la licitación, que es el supuesto de hecho que regula la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su artículo primero cuando define las conductas colusorias.

Es por ello que, a juicio de este Tribunal no procede acceder a lo solicitado sin perjuicio de los cauces legales que pudiera utilizar la recurrente para poner, en su caso, en conocimiento de los órganos competentes los hechos denunciados.

NOVENO.- Efectos de la estimación de los motivos esgrimidos.

La estimación de los alegatos esgrimidos, con fundamento en las consideraciones realizadas, y en los términos en que hemos analizado las distintas cuestiones suscitadas, aboca a la estimación del presente recurso y en consecuencia, deben anularse las cláusulas de los pliegos que han sido impugnadas y cuyos motivos han sido estimados, y con ellas, los propios pliegos así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 LCSP, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADD4U SOLUCIONES PARA GESTIÓN Y DESARROLLO SL, (ADD4U)** contra el anuncio y los pliegos que, entre otros documentos, rigen la licitación del contrato denominado “Servicios y suministros de licencias, instalación, parametrización y puesta a disposición de un Sistema Integrado de Gestión Electrónica Municipal” (Expte n.º 2080/2023) promovido por el Ayuntamiento de la Rinconada (Sevilla) y, en consecuencia, anular dicho pliego (y el

anuncio) en el sentido expuesto en el fundamento de derecho noveno de la presente resolución así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados 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