



Recurso nº 1157/2023

Resolución nº 343/2024

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 7 de marzo de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.M.M. en representación de CONSULTORIA AVANZADA DE HOSTING S.L., contra la adjudicación del procedimiento “*Servicio de Anycast para los Dominios.es*”, con expediente referencia 089/22-SI, convocado por RED.ES, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de la Entidad Pública Empresarial RED.es convocó la licitación pública, por procedimiento abierto ordinario, del contrato de “*Servicio de Anycast para los Dominios.ES*”, con número de expediente 089/22-SI. El contrato se divide en dos lotes: el Lote 1 se refiere al servicio Anycast para el ccTLD “.es” y el servicio DNS de RedIRIS y el Lote 2 tiene por objeto el servicio Anycast para el ccTLD “.es” y el servicio DNS secundario para los nombres de dominios “.es”.

El contrato tiene un valor estimado de 331.360,26 euros.

Segundo. Al procedimiento de licitación se presentaron dos licitadores en relación al Lote 1, CONSULTORIA AVANZADA DE HOSTING S.L. – la entidad recurrente – y PACKET CLEARING HOUSE – la entidad adjudicataria –. Ambas ofertas fueron admitidas en sesión de la mesa de contratación de 22 de mayo de 2023.

Tercero. En sesión de 23 de mayo, la mesa procedió a la apertura de los sobres de documentación correspondiente a criterios cuantificables mediante la aplicación de



fórmulas. Conforme al apartado 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en la licitación solo se aplican estos criterios sujetos a evaluación automática.

Como resultado de dicha apertura y de la aplicación de los criterios del pliego a las ofertas presentadas, la mesa de contratación acordó elevar al órgano de contratación la siguiente clasificación de licitadores: 1. PACKET CLEARING HOUSE, y 2. CONSULTORIA AVANZADA DE HOSTING, S.L. Dicha clasificación fue aprobada por el órgano de contratación en resolución de 7 de junio de 2023, en la que se requirió a PACKET CLEARING HOUSE para presentar la documentación prevista en el artículo 150 de la LCSP.

En sesión de 7 de julio de 2023, la mesa de contratación acordó requerir a PACKET CLEARING HOUSE la siguiente documentación:

“Documentación acreditativa de que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición, debe aportarse con el correspondiente sello o apostilla, conforme a lo dispuesto en el “Convenio de La Haya nº XII, de 5 de octubre de 1961, de Supresión de la Exigencia de Legalización en los Documentos Públicos Extranjero”.

En sesión de 14 de julio de 2023, la mesa de contratación concluyó que la documentación presentada era correcta y propuso al órgano de contratación la adjudicación en favor de PACKET CLEARING HOUSE.

El acuerdo de adjudicación del contrato fue adoptado el 19 de julio de 2023 de conformidad con la propuesta y notificado a ambos licitadores el 20 de julio.

Cuarto. En fecha 1 de agosto de 2023 CONSULTORIA AVANZADA DE HOSTING, S.L. solicitó acceso al expediente de contratación, y en particular de los siguientes documentos:

a) Oferta presentada por la licitadora PACKET CLEARING HOUSE en formato Excel y en formato .csig.



b) Huella electrónica generada por la Plataforma de Contratación del Sector Público de la oferta presentada por PACKET CLEARING HOUSE.

c) Documentación a que se refiere el artículo 140 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, así como de aquellas circunstancias indicadas en el apartado 4 de las CEPCAP y la acreditación de haber constituido la garantía definitiva presentada por PACKET CLEARING HOUSE.

d) Documentación acreditativa de que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición.

El 10 de agosto de 2023, desde la Asesoría Jurídica de Red.es se respondió a la solicitud de acceso al expediente en los siguientes términos:

“Debe tenerse en cuenta que el derecho de acceso al expediente no se extiende a otros documentos que, si bien son aportados por un licitador, en este caso por el propio adjudicatario, gozan de confidencialidad y por ende no resultan accesibles pero que han sido revisados y validados por el Órgano de Contratación durante el procedimiento”.

Quinto. Mediante recurso especial presentado el 10 de agosto de 2023, la recurrente combate la resolución de adjudicación, pues considera que la oferta de la adjudicataria debió quedar excluida por incumplir el apartado *“Formato y contenido de la propuesta”* del PCAP, que señala que la proposición se presentará siguiendo los modelos en formato hoja de cálculo que se incluye como Anexo II, de uso obligatorio y que el apartado 3.1.1.2 del PCAP general establece que las propuestas deberán presentarse firmadas electrónicamente. Solicita acceso al expediente, en los términos que fueron solicitados antes de interponer recurso.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente. El órgano de contratación remitió el expediente junto con informe de fecha 22 de agosto de 2023, en el que sostiene la improcedencia del acceso al expediente, habida cuenta de que parte de la documentación solicitada está disponible en la PCSP y que se han publicado todas las actas de la mesa de contratación que contienen referencias a la documentación prevista en el 150.2 LCSP.



En particular, sobre la documentación solicitada, la oferta presentada por la adjudicataria defiende que se encuentra publicada en la PCSP y no comporta ninguna variación del contenido del modelo establecido ni error manifiesto. Sobre el acceso a la huella electrónica generada por la Plataforma de la oferta, afirma que este documento o archivo no forma parte del expediente, ya que el órgano de contratación, como mero usuario de la PCSP no tiene acceso al mismo. En relación con el acceso a la documentación a que se refiere el artículo 140 LCSP, acreditación de haber constituido la garantía definitiva y la documentación acreditativa de que el firmante de la declaración ostenta la debida representación, estima que la revisión de la valoración de la mencionada documentación corresponde al órgano de contratación, remitiéndose a lo manifestado sobre la falta de indicación de mención concreta de irregularidad o ilegalidad en la adjudicación.

Séptimo. Con fecha 24 de agosto de 2024 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

Octavo. La entidad adjudicataria PACKET CLEARING HOUSE ha presentado alegaciones ante este Tribunal, en fecha 5 de septiembre de 2023, en el mismo sentido que las del órgano de contratación.

Noveno. Este Tribunal concedió acceso a la entidad recurrente al expediente, habiendo tomado vista del mismo en fecha 15 de diciembre de 2023, presentando escrito de ampliación de recurso, con fecha 22 del siguiente, en el que solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria por incumplimiento de los pliegos reguladores de la licitación en relación con el formato de presentación de la oferta y la falta de firma electrónica. En segundo lugar, alega la falta de acreditación de las condiciones de aptitud para contratar como empresa extranjera.

Décimo. El órgano de contratación ha remitido informe complementario de fecha 28 de diciembre de 2023, oponiéndose a la estimación del recurso.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 47 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Segundo. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo, al haber sido presentado el recurso dentro de los quince días hábiles siguientes a la publicación de la resolución impugnada.

Tercero. La legitimación se regula en el Art. 48 LCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

A la vista de todo lo expuesto y sin entrar en mayor análisis, hay que concluir que la Recurrente ostenta legitimación con base en el artículo 48 LCSP, al ser su oferta la segunda mejor clasificada en términos de calidad precio (véanse nuestras resoluciones nº 307/2024 y 249/2024), y al poner en duda si procedía la exclusión de la oferta de la adjudicataria, lo que podría redundar en que su oferta quedara situada en primer lugar.

Cuarto. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el art. 44.1.a) LCSP, como es el acuerdo de adjudicación del contrato.

Dicho acuerdo se dicta en el marco de la licitación de un contrato de servicio cuyo valor estimado es de 331.360,26 euros y por tanto es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el art. 44.1.a) LCSP.



Por todo ello, el objeto de este recurso se ha configurado correctamente.

Quinto. Pasando a examinar los motivos del recurso, el primero de ellos se refiere a la presentación de la oferta por un formato no admitido por el pliego, formato .pdf en lugar de .xls). Por su parte, la adjudicataria y el órgano de contratación invocan que el pliego no impone ese formato y el principio antiformalista que debe regir este examen. Conforme a las alegaciones remitidas a este Tribunal, es pacífico que la oferta de la adjudicataria fue presentada en formato .pdf y no en formato .xls.

A este respecto, el apartado 10.2.1. de las Condiciones Específicas del Pliego de Condiciones Cláusulas Administrativas Particulares, relativo a la proposición económica, establece que:

“La proposición se presentará siguiendo los modelos en formato hoja de cálculo que se incluye como Anexo II (es de uso obligatorio)” (subrayado añadido).

“La proposición económica se estructurará proporcionando precio para el concepto que se enumera a continuación.

- P1: Precio para SERVICIO ANYCAST PARA EL ccTLD ‘.ES’ Y EL SERVICIO DNS DE REDIRIS (Lote 1)

Todos los precios se deben proporcionar en EUROS, calculados y presentados con DOS decimales e impuestos indirectos aplicables excluidos”.

El apartado 10.2.2 establece la misma obligación para la proposición relativa al resto de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas:

“La proposición se presentará siguiendo el modelo en formato hoja de cálculo que se adjunta como Anexo III del presente pliego (es de uso obligatorio).

La proposición se estructurará proporcionando los valores requeridos conforme se describe en el apartado 9 del presente pliego”.



Por su parte, en el Anexo II y III se precisa que *“es obligatorio el uso de este documento, no es admisible utilizar una copia del mismo”*.

En esta materia, el artículo 139 de la LCSP establece que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*.

En el presente caso, el pliego se refiere al *“formato hoja de cálculo”* de un modelo que califica expresamente como *“de uso obligatorio”* y no es objeto de controversia que tanto la proposición económica como la relativa al resto de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas de la adjudicataria se han presentado en formato .pdf. Pues bien, sobre las consecuencias aparejadas a este incumplimiento, hemos de tener en cuenta la relevancia o no del mismo. En este caso, los pliegos no han prescrito sancionar con la exclusión al licitador que contravenga esta previsión relativa a la forma de presentación de la oferta, ni este tipo de formato digital es determinante o imprescindible para que el órgano de contratación pueda efectuar la valoración de las ofertas, pues ello no se desprende de las cláusulas citadas, cuestión que tampoco es alegada por el recurrente.

Por otra parte, el incumplimiento no ha afectado al principio de igualdad en la valoración de las ofertas, pues no se aprecia que la adjudicataria haya podido obtener alguna ventaja por conformar su oferta en distinto formato. Tratándose de la proposición económica y de los criterios evaluables mediante fórmulas, una comparativa del contenido de las ofertas presentadas por recurrente y adjudicatario nos lleva a comprobar que se cumplimentan de manera plena e íntegra las menciones o datos requeridos, con independencia del formato utilizado (en el Anexo I, precio unitario para el concepto requerido, con dos decimales; y respecto de los criterios evaluables mediante fórmula recurrente y adjudicatario ofertan además idénticos valores). Por ello hemos de invocar el principio antiformalista que preside la contratación pública (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-) y admitir la oferta pues esta adolece de un mero defecto formal, de carácter no invalidante, de cuya contravención no pudo seguirse la exclusión de la licitadora, desestimándose este motivo.



Se argumenta por la recurrente seguidamente la carencia de firma electrónica en la proposición, figurando en esta una firma manuscrita de D. W.E.W. IV, Director Ejecutivo. No obstante, este defecto formal no es causa de exclusión automática del licitador, pues la falta de firma, electrónica o manuscrita, se trata de un defecto subsanable, como ha venido entendiendo este Tribunal con apoyo en el criterio sentado por parte del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 6 de julio de 2004 y de 21 de septiembre de 2004, así como en lo que a firma electrónica se refiere, Sentencias de 31 de mayo de 2021 y de 12 de julio de 2023. Se estima por tanto este motivo, para que se de trámite de subsanación a la mercantil PACKET CLEARING HOUSE, requiriéndole la firma electrónica de la proposición según dispone el apartado 3.1.1.2 de las Condiciones Generales del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Sexto. El tercero de los motivos de recurso, se refiere a la falta de aptitud para contratar de la empresa adjudicataria. El recurrente, tras el acceso al expediente, sostiene en primer lugar, que no figura en el expediente informe de la Misión Diplomática Permanente de España o de la Oficina Consular del lugar en que radique el domicilio de la empresa, en el que se haga constar, previa acreditación por la empresa, que figura inscrita en el Registro local profesional, comercial o análogo o en su defecto, que actúa con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato.

El órgano de contratación en su informe ampliatorio al recurso, enfatiza que PACKET CLEARING HOUSE ha sido adjudicataria de este servicio desde hace 10 años en sucesivos contratos y ya en la tramitación de estos expedientes se verificó que la documentación presentada por la empresa cumplía con todos los requisitos, por lo que no se consideró necesaria la presentación de informe de la Oficina Consular de España en Los Ángeles. Añade que entre la documentación presentada por la empresa se encuentra la “*Business License*” que permite a la mesa comprobar *online* en el Registro de Actividades de California la vigencia de la licencia y de la actividad de la empresa. Adjunta prueba de que la empresa tiene actividad legal válida obtenida a partir de dicho registro. Por todo lo anterior considera acreditada la capacidad de obrar de la empresa sin contar con un nuevo informe emitido por el Consulado de España.



Asiste la razón al recurrente sobre este motivo, el artículo 84.3 de la LCSP es taxativo al exigir la aportación en el caso de empresarios extranjeros no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea ni signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del informe la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa, para acreditar su capacidad de obrar, sin que sea legalmente admisible un medio alternativo. En la documentación a la que se remite el órgano de contratación en su informe, actas que se adjuntan de procedimientos anteriores, se contienen referencias genéricas a que la documentación presentada para la adjudicación es correcta y que la mercantil se ajusta a los requisitos establecidos en las CEPCAP pero no hay ninguna referencia a la aportación del informe de la Misión Diplomática Permanente o de la Oficina Consular correspondiente.

Siendo este requisito subsanable e independiente de la acreditación de la representación, extremo este último sobre el que sí se habría verificado ya un trámite de subsanación por la mesa, al igual que en el motivo anteriormente tratado, la mesa debe requerir en subsanación su aportación y de figurar con anterioridad en los procedimientos tramitados ante Red.Es, la mercantil PACKET CLEARING HOUSE podría hacer uso del derecho conferido en el artículo 28.2 de la Ley 39/2015 señalando expediente donde obre aportado a fin de que sea recabado por la entidad contratante.

En último lugar, señala la recurrente no haberse acreditado que el firmante cuenta con la debida representación para presentar la proposición, circunstancia que en su opinión no se habría acreditado en el trámite del 140 LCSP, ni en el trámite de subsanación otorgado el 7 de julio de 2023. Para el recurrente no se ha acreditado la validez de la Resolución del Consejo de PACKET CLEARING HOUSE y resultan insuficientes las facultades atribuidas para la presentación de proposiciones. Solicita por ello se declare la nulidad de la resolución de adjudicación del lote nº 1 y la exclusión de la adjudicataria.

Al respecto considera el órgano de contratación que el certificado aportado y firmado por S.F. de fecha 4 de julio de 2023 fue notariado y elevado a público por fedatario S.B., notario público del Estado de Nueva York en fecha 4 de julio de 2023, la leyenda del documento indica que el acto notarial se hizo mediante una comparecencia, lo cual acreditaría la



realidad del acto. Con respecto al contenido, se trataría de un acuerdo del órgano de administración legitimado para emitir este tipo de poderes. El siguiente documento serviría de legalización y se encontraría individualmente apostillado, atestiguando la identidad del firmante y las capacidades necesarias para emitirlo. Por último, la apostilla cumpliría el requerimiento establecido en la legislación para la efectividad de los documentos extranjeros.

A juicio de este Tribunal el documento aportado para la acreditación de la representación del firmante de la proposición, D. W.W., cumple con los requisitos legales y evidencia facultades suficientes de este para la obligar a la licitadora con la firma de la proposición, aportando al efecto dos documentos intervenidos por sendos fedatarios públicos, acompañados de apostilla suficientemente acreditativos de la representación.

En suma, se estima parcialmente el recurso, declarando la nulidad de la adjudicación del lote nº 1 para que el órgano de contratación recabe en subsanación la firma electrónica de la proposición y el requisito exigido en el artículo 84.3 de la LCSP al licitador propuesto adjudicatario.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A.M.M. en representación de CONSULTORIA AVANZADA DE HOSTING S.L., contra la adjudicación del procedimiento “*Servicio de Anycast para los Dominios.es*”, con expediente referencia 089/22-SI, convocado por RED.ES, con los efectos señalados en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del lote 1 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES