



Recurso nº 884/2018 C.A. Illes Balears 61/2018

Resolución nº 867/2018

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

En Madrid, a 01 de octubre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. F. en representación de CERTSIGN, S.A. contra la resolución por la que se le excluye de la licitación del *“Servicio de firma centralizada, emisión de certificados de empleado público, emisión de sellos de tiempo cualificados y bolsa de jornadas de desarrollo” de la Dirección General del Servei de Salut de las Islas Balears* Expte. SSCC PA 178/18, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 18 de mayo de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de licitación por el procedimiento abierto del contrato de servicio de firma centralizada, emisión de certificados de empleado público, emisión de sellos de tiempo cualificados y bolsa de jornadas de desarrollo de la Dirección General del Serveo de Salut de las Islas Balears.

El estimado del contrato se cifra en 475.454,48 €

Segundo. Al procedimiento concurren, además de la recurrente, las entidades SISTEMAS INFORMÁTICOS ABIERTOS, S.A y AC CAMERFIRMA, S.A

Tercero. Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) debemos tener en cuenta lo dispuesto en la cláusula F6 que indica:

“F.6 HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL EXIGIDA



En el momento de la presentación de la propuesta:

*El licitador debe estar registrado como prestador de servicios de confianza cualificado en la sede electrónica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital
<https://sedeaplicaciones.minetur.gob.es/Prestadores/Inicio.aspx> .*

En concreto, el licitador tendrá que tener publicados al menos los siguientes perfiles:

- Certificado cualificado de firma de empleado público de nivel alto*
- Certificado cualificado de persona física representante de nivel alto*
- Servicio de sellado de tiempo cualificado*

Los certificados emitidos por el licitador deberán estar incluidos en la lista de proveedores de servicios de certificación soportados por la plataforma @firma (<https://administracionelectronica.gob.es/ctt/resources/Soluciones/190/Descargas/aFirma-Anexo-PSC.pdf>)”

Cuarto. El 27 de junio de 2018 (según el acta de la Mesa de Contratación, que obra en el expediente), la Mesa de Contratación procedió a la apertura del Sobre A que contenía la documentación administrativa y las proposiciones no evaluables mediante fórmulas, acordando la exclusión de la recurrente por incumplimiento de la acreditación de la habilitación profesional exigida por el punto F6 del PCAP. De acuerdo con lo que indica el Acta *“Se ha comprobado que los certificados emitidos por CERTSIGN, S.A no se encuentran soportados por la plataforma @firma, por lo que no cumple con los requisitos exigidos en la cláusula F6 del pliego”*

La resolución de exclusión se notifica a la recurrente el 5 de julio de 2018.

El órgano de contratación dictó nueva resolución para subsanar un defecto formal en la resolución de exclusión y la nueva resolución fue notificada el 8 de agosto de 2018.

El día 23 de agosto de 2018 presentó ante el Órgano de contratación recurso especial en materia de contratación administrativa contra la resolución de exclusión.



Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado el 31 de agosto del recurso interpuesto a los interesados por si quisieran presentar alegaciones otorgándoles un plazo de 5 días hábiles, no habiendo evacuado el trámite conferido ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y en el convenio de colaboración suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Illes Balears, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, aprobado por Resolución de 10 de diciembre de 2012, de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, publicada en BOE de fecha de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios, habiéndose seguido un procedimiento abierto, de tramitación ordinaria, por lo que, al amparo de lo previsto en el artículo 44.2.b en relación con el 44.1.a de la LCSP, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Tercero. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado, dada su condición de licitador excluido de este contrato.

La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. El recurso contiene una sola alegación que indica

“Teniendo en cuenta:

1.-CERTSIGN es un proveedor de servicios confiable calificado bajo el Reglamento 910/2014 de eIDAS para la identificación electrónica y servicios de confianza para transacciones electrónicas en el mercado de la UE (<https://webgate.ec.europa.eu/tl->



browser/#1). La auditoría fue realizada por LSTI, una empresa francesa, miembro ACAB'c (Consejo de Acreditación de Organismos de Evaluación de la Conformidad) y reconocido por la Comisión Europea como un organismo de evaluación de la conformidad con los servicios de confianza provistos por el Reglamento eIDAS.

2.- Registro @firma es específico de la legislación española

3.- Los perfiles de certificado necesarios para estar presentes en el Registro @firma están definidos por el estándar ETSI EN 319 411-2

4.- CPS (Certificate Practice Statement) y PDS (PKI Disclosure Statement) de certSIGN contienen los perfiles de certificados requeridos, y la oferta técnica incluye los certificados de prueba emitidos con los perfiles respectivos.

5.- Reglamento de la UE no. 910/2014 tiene el valor de la ley para todos los estados miembros UE. El artículo 4 del Reglamento establece "No debe haber restricción en la prestación de servicios fiables en el territorio de un Estado miembro por un prestador de servicios de confianza establecido en otro Estado miembro por motivos que entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento".

Consideramos que para emitir los certificados solicitados por el Beneficiario no tenemos que estar en el Registro es suficiente ser un proveedor de servicios calificado eIDAS y tener la capacidad (técnica, procesal) para emitir esos tipos de certificados. Tan, un proveedor calificado eIDAS que emite esos perfiles de certificado debe ser aceptado."

Por su parte, el órgano de contratación defiende la legalidad de la decisión administrativa y señala en un primer lugar, que el recurrente debió haber recurrido la exigencia en el plazo previsto para recurrir los pliegos. Desde el punto de vista de las alegaciones del recurrente, el órgano de contratación continua indicando que

"Si los certificados que se emitieran para el Servicio de Salud de las Illes Balears no estuvieran en @firma, otras administraciones públicas NO los validarían, por lo que, aun



pudiendo ser conformes a Ley los certificados emitidos por CERTSIGN, SA, según el Reglamento eIDAS, supondría una incapacidad funcional y un grave perjuicio para el Servicio de Salud de las Illes Balears el hecho de que no estuvieran admitidos por @firma.

Es por esto anterior que se requirió como imperativo y habilitación empresarial que los certificados que emitiera el prestador del servicio de certificación al cual se le adjudicara el contrato, estuviera dado de alta en @firma lo cual podría haber hecho cualquier prestador habilitado por el citado reglamento eIDAS según el documento "Procedimiento de inclusión y clasificación de certificados en @firma. Versión 3.9"

Por todo lo anterior, consideramos que:

Las alegaciones presentadas no deben ser examinadas debido a su presentación extemporánea. El momento procedimental oportuno para la impugnación del requisito de estar inscrito en la plataforma @firma exigido en la cláusula F6 del pliego, era durante el plazo de presentación de ofertas.

No obstante al anterior considerandos, es necesario destacar que el requisito incluido en la cláusula F6 del PCAP no constituye ninguna restricción para poder presentarse a este procedimiento de licitación, ya que cualquier proveedor de servicios habilitado por el Reglamento (UE) n910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE puede darse de alta en la plataforma @firma."

Quinto. Analizadas las posiciones de las partes, y antes de entrar en el fondo del asunto, debe señalarse por este Tribunal que la alegación sobre la que se basa el recurso hace referencia a la conformidad a Derecho o no la exigencia de las condiciones concretas previstas para la habilitación profesional exigida. Por lo tanto, antes de entrar a las consideraciones sobre el fondo del recurso, debe plantearse este Tribunal la admisión del recurso, puesto que el licitador sólo discute cuestiones contenidas en los pliegos.



Pues bien, debemos partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que *"los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación"* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 145.1 del TRLCSP:

"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna".

Asimismo, debemos recordar la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar.

Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), y, en última instancia, en la buena fe.

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que *"La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el*



procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación.”

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar *“a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”*.

Asimismo, como hemos recordado, por ejemplo, en la Resolución 808/2016, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un *“licitador razonablemente informado y normalmente diligente” “no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión”*.



Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad , en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general.

En nuestro caso, si lo denunciado es que la exigencia de pertenencia a la plataforma @firma supone una restricción del principio de competencia efectiva lo cierto es que tal pretendido defecto no ha perjudicado en ningún momento a la propia recurrente –pues obviamente conoció la existencia de la licitación, ya que concurrió a ella-; y, en todo caso, no necesitaba esperar a la adjudicación para constatar su existencia o conocer su alcance. Por ello, en nuestro caso, no es admisible hacer alegaciones que impliquen un recurso indirecto contra los pliegos, que es extemporáneo, de modo que los mismos han devenido inatacables; con la consecuencia de que el recurso debe ser inadmitido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por CERTSIGN, S.A. contra la resolución por la que se le excluye de la licitación del *“Servicio de firma centralizada, emisión de certificados de empleado público, emisión de sellos de tiempo cualificados y bolsa de jornadas de desarrollo” de la Dirección General del Serve” de Salut de las Islas Baleares”*

Segundo. 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 sanción en 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 del TSJ



de las Islas Baleares, 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 letra 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.