



Recurso nº 1404/2020

Resolución nº 214/2021

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

En Madrid, a 5 de marzo de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. P.J.B.A., en representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicio de envío masivo de SMS de la Seguridad Social*”, con expediente 2020/7104, convocado por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En fecha 17 de septiembre de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación el anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato de “*Servicio de envío masivo de SMS de la Seguridad Social*”, con expediente 2020/7104, convocado por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social. El contrato se califica como contrato de servicios, con un valor estimado del contrato de 5.856.400 euros.

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto de tramitación ordinaria.

Segundo. De acuerdo con el apartado 5.5 de la Hoja Resumen del PCAP, se exigía como habilitación profesional específica “*Tal como establece el Anexo I Categorías de los Sistemas del R.D. 3/2010, de 8 de enero, la solución ofertada a la Seguridad Social deberá ser de conformidad para el nivel de sistema alto*” lo cual debía acreditarse mediante “*Certificado en vigor de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad en su categoría Alta*”.

En el mismo sentido, el apartado del PPT relativo a “*SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN*” señalaba que “*La solución ofertada deberá poseer certificado en vigor de conformidad con*



el Esquema Nacional de Seguridad en su categoría Alta, puesto que la Seguridad Social tiene dos de las dimensiones de seguridad categorizadas en nivel alto y por tanto, tal como establece el Anexo I Categorías de los Sistemas del R.D. 3/2010, de 8 de enero, el nivel del sistema es alto”.

Tercero. El 28 de octubre de 2020, la mesa de contratación procede a la apertura de las ofertas presentadas, acordando ordenarlas del modo siguiente a efectos de lo establecido en el artículo 150 de la LCSP:

“Orden 1: CIF: A80907397 VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. Propuesto para la adjudicación

Orden 2: CIF: A78923125 TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.”

Cuarto. Requerido VODAFONE para aportar los documentos previstos en el art. 150.2 de la LCSP, aporta certificado de conformidad con el ENS de categoría alta de fecha 4 de noviembre de 2020.

Quinto. El 25 de noviembre de 2020 se acuerda por el órgano de contratación adjudicar el contrato a favor de VODAFONE, notificándose ese mismo día al recurrente.

Sexto. El 10 de diciembre de 2020 TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA interpone recurso especial contra el acuerdo de adjudicación.

Séptimo. En fecha 30 de diciembre de 2020 la secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 5 de enero de 2021 se presentan alegaciones por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

Octavo. Interpuesto el recurso, la secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 05 de enero de 2020 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



Noveno. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 LCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme resulta del art. 44 de la LCSP.

Así, conforme al art. 44.1 de la LCSP

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.(...)

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

(...)

c) Los acuerdos de adjudicación.”



Cuarto. El recurso se ha interpuesto por entidad legitimada conforme resulta del art. 48 de la LCSP.

Dicho precepto señala 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 este caso, siendo el recurrente el licitador clasificado después del que ha resultado adjudicatario por la resolución recurrida, pudiendo resultar adjudicatario como consecuencia de la estimación del recurso, es evidente que la resolución recurrida ha perjudicado sus intereses legítimos.

Quinto. El recurso se funda en un único motivo, pues considera que la empresa adjudicataria no cumplía con el requisitos de disponer del certificado de conformidad con el ENS de categoría alta a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.

El órgano de contratación y la empresa adjudicataria alegan que dicho requisito es una condición de ejecución del contrato, por lo que basta con que se cumpla antes de la adjudicación del mismo.

La resolución del recurso exige analizar la forma con la que se configuró el requisito de cumplir con el ENS en categoría alta pues si, como sostiene el recurrente, se trata de un requisito para participar en la licitación, debía cumplirse en el momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas, circunstancia que no se daba en relación al adjudicatario VODAFONE.

Aunque el recurso se centra en considerar que se habría infringido el PPT, en realidad, el argumento de fondo va dirigido a denunciar un incumplimiento del art. 140.4 de la LCSP cuando señala *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”*.



De hecho, aunque el recurso hace referencia a que dicho requisito aparece reflejado en el PPT, dicho requisito aparece configurado en el PCAP como *“Habilitación profesional”* (apartado 5.5 de la Hoja Resumen).

Como principio general debemos recordar que, mientras los requisitos de aptitud para contratar (a los que resultaría de aplicación el art. 140.4 de la LCSP) se refieren al licitador, las condiciones de ejecución vienen referidas a la oferta, de ahí que los primeros deban cumplirse a la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas, pues implican un examen previo ajeno a la oferta concreta realizada, mientras que los segundos sólo son exigibles desde la adjudicación, pues vienen referidos a la concreta relación contractual que surge de la misma.

La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el art. 65.2 de la LCSP se corresponde con requisitos establecidos legalmente para el desarrollo de la actividad objeto del contrato, operando como una condición de aptitud del licitador, de ahí que no tenga que venir referida a la oferta concreta, sino al propio licitador como condición previa de admisión a la licitación. Por ese motivo su concurrencia debe verificarse desde la finalización del plazo para presentar las ofertas a que se refiere el art. 140.4 de la LCSP.

Como señalamos en nuestra Resolución 130/2014 de 14 de febrero *“Sea o no directamente relacionado con las exigencias de solvencia tasadas establecidas legalmente, lo cierto es que en determinados ámbitos de actividad (Arquitectura, Ingeniería, Servicios Médicos, Servicios financieros, Seguridad privada, Energía...) existe determinada normativa de control previo por parte de la Administración que obliga, bien a inscripción/pertenencia a Colegios Profesionales, bien a la obtención de una previa autorización administrativa; cuestión bien distinta de estar en posesión de los certificados emitidos por una empresa de control de garantía como es la ENAC”*.

Por ello, como resumimos en nuestra reciente Resolución *“Así las cosas, en la Resolución parcialmente transcrita –y en otras que se citan– este Tribunal ha establecido una clara distinción entre los supuestos en los que es necesaria una determinada habilitación legal para poder desarrollar el objeto del contrato –citando expresamente ad exemplum, entre otros, el de las actividades de seguridad privada– y aquellos otros en los que la exigencia*



de una determinada habilitación o certificación empresarial no aparece vinculada con ninguna exigencia legal sino con la necesidad de asegurar un mínimo de calidad en el servicio o suministro objeto de contratación”.

Aplicando dicha doctrina al presente supuesto debemos desestimar el recurso interpuesto, pues resulta evidente que el cumplimiento de las medidas de seguridad alta del ENS viene referida a la oferta, como condición de calidad de la misma, y no al licitador, al no estar configurado normativamente como ningún requisito de aptitud para el desempeño de la actividad objeto del contrato.

Aunque la Hoja Resumen califica dicho requisito como una “*Habilitación profesional*”, lo cierto es que una mera lectura de la misma y del PPT pone de relieve que se trata de un requisito relativo a la oferta, pues en ambos casos se exige la conformidad con el ENS en nivel alto a la “*solución ofertada*” por lo que es evidente que se trata de un requisito de la oferta y no del licitador, de modo que no podría calificarse como habilitación profesional sino como requisito de la oferta, implicando con ello la inaplicación a dicho requisito del art. 140.4 de la LCSP.

En este caso, no se discute que la oferta del adjudicatario cumple con los requisitos del ENS de nivel alto, por lo que debe desestimarse el recurso.

Sexto. No se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.J.B.A., en representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicio de envío masivo de SMS de la Seguridad Social*”, con expediente 2020/7104, convocado por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido 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 sanción prevista en el artículo 58.2 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.