



Recurso nº 411/2023

Resolución nº 559/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 4 de mayo de 2023.

VISTA la reclamación interpuesta por D. E.P.A., en representación de PRICEWATERHOUSECOOPERS, S.L. contra la adjudicación del procedimiento *“Análisis del registro contable de los contratos de arrendamiento y adquisición o uso de las herramientas informáticas: Situación Actual y Propuestas de Mejora”*, convocado por AENA, S.M.E., S.A., este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. AENA publicó en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 3 de octubre de 2022, la licitación del procedimiento *“Análisis del registro contable de los contratos de arrendamiento y adquisición o uso de las herramientas informáticas: Situación Actual y Propuestas de Mejora”*.

El valor estimado es de 250.160 €.

Segundo. A la licitación se presentaron tres empresas: DELOITTE. S.L., ERNST & YOUNG, S.L. (en adelante, EY) y PRICEWATERHOUSECOOPERS, S.L. (en adelante, PwC). Tras la tramitación del expediente administrativo, se dictó resolución de adjudicación del contrato en favor de EY.

Tercero. Disconforme con la resolución de adjudicación, PwC presentó recurso especial en materia de contratación. El 9 de febrero de 2023, este Tribunal dictó resolución, estimando parcialmente el recurso, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción



del procedimiento al momento posterior a la apertura de ofertas, para que EY subsanara la firma de la oferta económica.

Cuarto. A esta resolución, se le dio cumplimiento por parte de AENA, anulando el procedimiento y requiriendo a EY para que subsanase la oferta económica con la firma electrónica conforme a lo dispuesto en el pliego, requerimiento que fue cumplido el 14 de febrero de 2023. A la vista del contenido del documento subsanado, idéntico al inicialmente presentado, AENA acuerda la adjudicación del contrato en favor de EY.

Quinto. PwC presenta contra esta resolución reclamación especial en materia de contratación. AENA ha presentado informe y EY escrito, solicitando ambos la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, su desestimación. EY pide, además, que se imponga a la recurrente una multa por mala fe o temeridad.

Sexto. Interpuesta la reclamación, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 4 de abril de 2023 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por el Real Decreto 3/2020, 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).

La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 del RDL 3/2020 y 47 de la LCSP.



Segundo. La adjudicación impugnada es susceptible de reclamación de conformidad con lo que dispone el artículo 119.2.c) del citado Real Decreto-Ley, en conexión con el 1.1.c) del mismo.

Tercero. Dicha reclamación se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP, por remisión del artículo 121.1 del RDL 3/2020.

Cuarto. Con respecto al requisito de legitimación, la empresa actora ostenta la debida legitimación para presentar la reclamación al amparo del artículo 48 de la LCSP, al que remite el artículo 121.1 del RDL 3/2020, pues ha participado en el procedimiento de licitación, quedando su oferta en segundo lugar.

Quinto. En su recurso, PwC afirma que el apartado b) 2º de la cláusula 29 del pliego de cláusulas administrativas particulares exige que cada uno de los ficheros que componen la oferta del licitador deberá estar firmado electrónicamente por el representante legal de la empresa (o por la entidad que lo haya emitido, si es el caso), mediante certificado de firma electrónica emitido por proveedores de servicios de certificación reconocidos por la plataforma @firma del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Añade que ninguno de los licitadores interesados en participar en la licitación impugnó esa cláusula, aceptando incondicionalmente, al presentar la oferta, el contenido íntegro del pliego.

En la tramitación del expediente, se informó a los licitadores de que la apertura de las proposiciones económicas presentadas en el concurso se llevaría a cabo a las 10:30 horas del 16 de noviembre de 2022 en el Edificio Piovera Azul.

Durante el acto de apertura de las ofertas, AENA advirtió a los licitadores (una vez abierta la oferta económica de DELOITTE y PwC) de la imposibilidad de abrir el fichero que integraba la oferta económica de EY. Asimismo, se dijo que el fichero lo pasarían al equipo técnico y que posiblemente se solicitaría a la empresa que lo volvieran a enviar para que tenga el mismo código HASH que se presentó inicialmente en la plataforma.

Destaca la recurrente que AENA procedió a requerir a EY el envío del nuevo fichero, una vez se habían hecho públicas las ofertas de los otros dos licitadores. Añade que, según la información publicada en el perfil del contratante la oferta económica de EY era 940 euros



inferior a la de PwC. También indica que la apertura de la proposición económica se hizo sin la presencia del resto de licitadores.

PwC solicitó acceso al expediente y, de su examen, se puso de manifiesto que el documento que contenía la oferta económica se encontraba firmado digitalmente, pero no a través de un certificado de firma electrónica emitida por proveedores de servicios de certificación reconocidos por la plataforma @firma del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Posteriormente, el contrato se adjudicó a EY. PwC considera que la resolución de adjudicación supone un incumplimiento de la cláusula 29 del pliego apartado b) 2º del pliego que constituye *lex contractus*, tanto para los licitadores como para AENA, en la medida en que el certificado de firma empleado en la oferta económica ha sido expedido por el propio licitador y no por un prestador de servicios de los mencionados en dicha cláusula.

Esta resolución, como se ha indicado en los antecedentes, fue objeto de recurso especial en materia de contratación que fue resuelta por este Tribunal estimando el recurso parcialmente, retrotrayendo las actuaciones para que se requiriese a EY la subsanación del defecto detectado.

Una vez dictada la resolución de adjudicación, PwC solicitó acceso al expediente, lo que le fue concedido. Pudo comprobar que la subsanación consistió en la superposición de dos firmas electrónicas en la oferta económica, lo que, en su criterio, no puede admitirse. La primera firma, la original, está fechada el 27 de octubre de 2022 y no cumple los requisitos del pliego y la segunda, de 11 de enero de 2023, conforme a lo exigido en el pliego, es muy posterior al último del día del plazo de presentación de proposiciones.

Esta disociación en los tiempos, evidencia, a su juicio, y pese a que la aportación de la oferta económica obedece a lo acordado por este Tribunal en la Resolución nº 118/2023, que no es posible que un licitador subsane la firma electrónica de su oferta sin desnaturalizar las propias características de la firma electrónica, esto es, su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora de la firma. Con lo que, considera, que AENA no puede dar certeza del hecho de que la oferta de EY ha permanecido inalterada y, además,



resultara secreta hasta el momento en el que la entidad contratante pudo proceder a su apertura.

Dice no desconocer la doctrina de los distintos tribunales contractuales en el sentido de considerar desproporcionada la exclusión de la oferta por falta de firma. Sin embargo, considera que esta doctrina no es aplicable aquí, pues se refiere a firmas manuscritas y el pliego exige que la firma electrónica reúna una serie de características, pues según nuestro ordenamiento jurídico, no es oponible frente a terceros la autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico que no se encuentre firmado digitalmente mediante un certificado de dichas características.

Cita la disposición final segunda de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza que añade un nuevo apartado al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el artículo 32 del Reglamento (UE) nº 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y de los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

Sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer frente al contenido de la Resolución nº 118/2023, insiste en que, de acuerdo con las normas expuestas, no es oponible frente a terceros la autenticidad la integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico que no se encuentre firmado digitalmente mediante un certificado de las características determinadas en el pliego.

Considera lo expuesto transcendente en la medida en que la apertura de la oferta económica de EY se hizo, cuando ya eran conocidas las del resto de licitadores y sin la presencia de ninguno de ellos.

Ello debió llevar a la exclusión de la oferta de la adjudicataria, invocando en defensa de esta pretensión, el Dictamen del Consejo de Estado nº 670/2013 que entiende que el incumplimiento defectuoso de los requisitos establecidos, incluido el secreto de las proposiciones debe dar lugar a la exclusión cuando menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores. Añade a este dictamen, la cita de diversas sentencias de los tribunales.



La interpretación contraria a la que sostiene, entiende que priva de facto de eficacia la exigencia de los pliegos de que la propuesta sea firmada mediante certificado de firma electrónica emitido por proveedores de servicios de certificación reconocidos por la plataforma @firma del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Concluye indicando que la resolución de adjudicación es nula de pleno derecho y procede retrotraer actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas, para que dicha valoración se haga de acuerdo con lo establecido en el pliego, excluyendo aquellas que no cumplan con lo dispuesto en él.

Sexto. AENA afirma que la recurrente sostiene que el defecto de la firma no es formal sino substancial y de imposible subsanación por parte de EY. Parece con ello obviarse el contenido de la Resolución nº 118/2023 de este Tribunal, que cita. Vuelve, según su criterio, a plantearse en este recurso, la cuestión de fondo ya estudiada en el anterior, por lo que procede la inadmisión del recurso planteado, con identidad de partes (PwC y AENA) y pretensión, existiendo cosa juzgada administrativa.

Lo mismo cabe decir respecto de la segunda alegación relativa a la autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora y otras características del documento electrónico, que también fueron resueltas por la resolución ya citada, en el sentido de que la modificación denunciada no se había producido por no existir alteración del código HASH. Cita la Resolución nº 797/2022 de este Tribunal sobre la cosa juzgada administrativa, que entiende aplicable aquí.

Para el caso de que no se acogiese la alegación de inadmisión, entra en el fondo del asunto. Defiende que la oferta de EY no ha sido modificada desde su presentación. Reproduce la oferta presentada inicialmente por EY en la Plataforma de Contratación del Sector Público y la aportada tras subsanar insertando una segunda firma electrónica, señalando que no se aprecia variación alguna.

El hecho de que con la nueva firma el código HASH sea nuevo, es una consecuencia del funcionamiento del mismo. En la página web de CAMERFIRMA, una de las empresas que presta el servicio de certificados electrónicos para la firma, se dice que “al igual que no se modificar el documento sin que varíe el HASH, tampoco se pueden generar dos HASH



iguales ya que cada HASH representa un archivo concreto. Pero ello, señala, que no impide evidenciar que el contenido del fichero es idéntico al presentado por EY antes del vencimiento del plazo de presentación de ofertas.

Por otra parte, cita la Resolución de este Tribunal nº 819/2019, para desvirtuar la afirmación de la recurrente de que sólo cabe subsanación de la oferta económica, cuando de firma manuscrita se trata.

Termina el escrito de alegaciones afirmando que la resolución de adjudicación es conforme a Derecho.

Séptimo. EY comienza señalando que el recurso de PwC debe ser inadmitido, toda vez que no tiene por objeto la impugnación de la resolución de adjudicación ahora dictada, sino que lo que pretende es la impugnación de la resolución del primer recurso y que, en consecuencia, este Tribunal rectifique su criterio. Considera que estamos ante un supuesto de cosa juzgada administrativa y cita, en apoyo de la alegación, la Resolución nº 1174/2022 de este Tribunal.

Con carácter subsidiario, defiende que la única forma en que resultaba posible la subsanación del defecto de firma de la oferta económica era aportando dicho documento firmado con posterioridad al plazo otorgado para la presentación de las proposiciones. A su juicio, lo que sostiene PwC no es que EY no ha subsanado la oferta de manera adecuada, sino que dicha subsanación no era posible mediante ningún mecanismo. Si este Tribunal en su resolución consideró que la falta de firma de la oferta económica es subsanable, deben articularse mecanismos para que dicho defecto pueda ser corregido.

En cuanto a la alegación del recurso de que no es posible garantizar la autenticidad del documento de la oferta económica inicialmente presentado, y habría sido posible alterar su importe, al subsanar el defecto con posterioridad a la oferta de los restantes licitadores, indica que, por una parte, PwC no imputa ninguna alteración concreta de la oferta, sino que su argumento se basa, simplemente, en una mera potencialidad de dicha modificación, realizando conjeturas carentes de la más mínima fundamentación jurídica.



La Resolución nº 118/2023 rechaza que se haya modificado la oferta económica por parte de EY, en tanto no alteró el código HASH. Tampoco tras la segunda firma se ha alterado, como puede comprobarse comparando los dos documentos. Añade que, tratándose de un procedimiento tramitado de forma electrónica en la que queda registro y es trazable cada documento presentado, AENA dispone de toda la información de los documentos para conocer cuál es su contenido y verificar su integridad.

Admitir lo sostenido por la recurrente, supondría que es imposible subsanar cualquier error en las firmas, pues toda subsanación supondría una alteración del documento.

Concluye solicitando la imposición de una multa a PwC por incurrir en temeridad y mala fe en la resolución del recurso.

Octavo. Tiene razón el órgano de contratación, al indicar que las alegaciones del recurso son idénticas a las formuladas en el anterior procedimiento; cabe decir que el escrito actual tiene párrafos y doctrina idéntica a la aducida inicialmente.

En realidad, en la impugnación actual no se sostiene que la subsanación llevada a cabo no se ajusta a lo acordado por este Tribunal en la Resolución nº 118/2023 o a lo establecido en el pliego, sino que la misma era materialmente imposible. Según su criterio, la firma inicial, además de no ajustarse al pliego impedía estar seguro de su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora de la firma. Por otra parte, la firma realizada para subsanar, si bien admite que es conforme al pliego, no es admisible pues es de fecha muy posterior a la establecida como límite para la presentación de ofertas.

Como ya indicamos en nuestra anterior resolución, una oferta con una firma electrónica no conforme al pliego, es susceptible de subsanación (ver Resolución nº 1492/2021).

Por lo que se refiere al cuestionamiento de la autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora y otras características del documento electrónico primeramente aportado es preciso también reiterar que el citado documento fue presentado en la plataforma con anterioridad a la apertura de ofertas y que no se formuló una nueva oferta económica después del acto de apertura pública de estas, por lo que la fecha de presentación anterior a la apertura



queda acreditada. En cuanto a la posibilidad de que el documento fuera manipulado con posterioridad a su presentación, hay que indicar que el código HASH no se modificó.

La retroacción de actuaciones acordada por este Tribunal tenía por objeto, precisamente, que EY firmase el documento con un certificado que reuniera los requisitos del pliego y eso es lo que se ha hecho.

Noveno. Así las cosas, concurre un supuesto de cosa juzgada administrativa, y las eventuales discrepancias que la recurrente pudiera tener contra dicha resolución, definitiva en vía administrativa, deben articularse a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo, tal y como se indicó en el pie de recurso de nuestra resolución.

Tal y como hemos señalado en numerosas resoluciones, como la nº 736/2020:

“Cabe añadir que, como no podía ser de otra forma, tal es el criterio aplicado por este Tribunal en ocasiones similares. Así, en la Resolución 1145/2019, de 14 de octubre, se indicó que: “Como se ha dicho, este Tribunal abordó todas las cuestiones y motivos de impugnación que ahora se vuelven a reiterar, adoptando un criterio que no puede desconocer sin vulnerar el efecto de cosa juzgada administrativa o firmeza administrativa de su propia resolución. Nada ha impedido al actual recurrente, (...), una vez que ha conocido como parte interesada las resoluciones de este Tribunal, impedir su firmeza definitiva recurriéndolas ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, siendo precisamente esa vía la única manera de revisar la decisión de este Tribunal sobre el fondo de las cuestiones controvertidas”

En la Resolución 880/2015, de 25 de septiembre, (y, en el mismo sentido, la resolución 1056/2015, de 13 de noviembre de 2015) se indicaba que: “Por lo tanto, el planteamiento de nuevas circunstancias que pudieron haber motivado la exclusión de la licitadora resulta de todo punto extemporáneo en este momento, al haber quedado firme y consentido la resolución de este Tribunal, no planteándose en este momento hechos o circunstancias nuevas que no hubieran podido plantearse entonces, motivo por el cual ha de inadmitirse el recurso por aplicación de la doctrina de la cosa juzgada administrativa, tal y como tiene declarado este Tribunal en otras resoluciones; baste en este sentido citar la nº 580/2015, de 18 de junio.

Admitir lo contrario daría lugar a un continuo bucle de recursos, que entorpecería de forma exponencial la debida tramitación de los procedimientos de licitación, con el consiguiente perjuicio para los intereses públicos, cuya salvaguarda también constituye uno de los principios fundamentales de la contratación pública”.

En la misma línea, la Resolución 460/2015 declaró lo siguiente: “No obstante, visto el contenido del recurso, lo cierto es que sus alegaciones se dirigen a impugnar la Resolución de este Tribunal número 208/2015, de 6 de marzo anteriormente citada, (...). A estos efectos hay que tener en cuenta que, conforme a lo preceptuado en el artículo 49 del TRLCSP, contra las resoluciones de este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso- administrativo en los términos previstos en el artículo 11.1, letra f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En consecuencia, el recurso interpuesto debe ser inadmitido y la indicada Resolución debe mantener plena eficacia en tanto no sea revocada en virtud de sentencia dictada por los órganos de la citada jurisdicción”.

El recurso, por todo lo dicho, debe inadmitirse.

Décimo. Resta examinar la procedencia de imponer a la empresa recurrente la multa por temeridad o mala fe que EY solicita en su escrito de alegaciones. Conforme al artículo 58.2 de la LCSP, *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordarla imposición de una multa al responsable de la misma”.*

La recurrente vuelve a plantear la insubsanabilidad de la firma electrónica, cuestión ya resuelta, por lo que la retroacción y requerimiento de subsanación era la única forma de proceder de la Administración legamente admisible, tal y como se establece en el artículo 36.1 del, con arreglo al cual *“Las resoluciones que pongan fin al procedimiento de recurso se ejecutarán por el órgano de contratación autor del acto impugnado con sujeción estricta a sus términos”.* En lugar de hacer valer sus discrepancias respecto al criterio de dicha resolución por el cauce procesal legalmente previsto y expresamente indicado en ella (interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo), la recurrente intenta, a través del presente recurso especial, reabrir un debate ya resuelto por este



Tribunal, sin tener en cuenta las dilaciones y perjuicios que ello pueda ocasionar a la Administración, a los restantes licitadores, y al interés general al que responde esta contratación. Por todo ello, el Tribunal aprecia mala fe y temeridad en la interposición del presente recurso, por lo que acuerda imponer a la empresa recurrente una multa de 1.000€ de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir la reclamación interpuesta por D. E.P.A., en representación de PRICEWATERHOUSECOOPERS, S.L. contra la adjudicación del procedimiento “*Análisis del registro contable de los contratos de arrendamiento y adquisición o uso de las herramientas informáticas: Situación Actual y Propuestas de Mejora*”, convocado por AENA, S.M.E., S.A.

Segundo. Levantar la suspensión de la adjudicación producida como consecuencia de lo establecido en el artículo 53, de conformidad con el art. 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, imponiendo a la recurrente una multa de 1.000€, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES