



Recurso nº 1571/2023

Resolución nº 1620/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 14 de diciembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. D. P. B., en representación de ECONOCOM SERVICIOS, S.A., contra la Resolución del Gerente, de 27 de octubre de 2023, por la que le excluye y se declara desierta la licitación convocada por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social para contratar los *“Servicios de mantenimiento que dé cobertura a todo el equipamiento de servidores BLADE HP, así como al software asociado en su caso, necesario para dar servicio de alojamiento y ejecución de aplicaciones de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social”* (Exp. 2023/7029), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 6 de septiembre 2023 a las 12:40 horas en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector público (PCSP), el 8 de septiembre en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 9 de septiembre en el Boletín Oficial del Estado, se publica el anuncio del contrato de *“Servicios de mantenimiento que dé cobertura a todo el equipamiento de servidores BLADE HP, así como al software asociado en su caso, necesario para dar servicio de alojamiento y ejecución de aplicaciones de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social”*, expediente 2023/7029, licitado por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social.

El contrato, calificado como de servicios, clasificación CPV 50312600, mantenimiento y reparación de equipo de tecnología de la información, tiene un valor estimado de 860.925,28 euros, IVA excluido, estando sujeto a regulación armonizada, licitándose por procedimiento abierto, tramitación ordinaria.



Segundo. Llegado el término de presentación de ofertas, entre los licitadores está ECONOCOM SERVICIOS, S.A., siendo la única licitadora.

Tras celebrarse el 22 y 27 de septiembre, las mesas de apertura y examen de la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia, que se concreta en una declaración responsable según DEUC, y de apertura y lectura de archivo electrónico o sobre que contiene la oferta, se propone como adjudicataria a ECONOCOM SERVICIOS, S.A., y se acuerda requerirle la presentación de la documentación prevista en el artículo 150.2 de la 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).

El requerimiento se efectúa a través de la PCSP el 29 de septiembre de 2023, a las 10:27 horas.

Aportada la documentación por la empresa propuesta como adjudicataria, la Mesa el 18 de octubre revisa la documentación presentada, que considera, con carácter general, ajustada a los pliegos salvo la siguiente documentación que se requiere:

- Certificado de estar al corriente en las obligaciones de la Seguridad Social, expedida a efectos de contratar con el Sector Público.
- Documento en el que figure que ECONOCOM SERVICIOS S.A. dispondrá de los medios materiales adscritos al contrato de ECONOCOM S.A. durante la vigencia del mismo.

El 26 de octubre la Mesa, a la vista de la documentación aportada por el propuesto como adjudicatario acuerda cuanto sigue:

“Una vez analizada la documentación de subsanación requerida por el órgano de contratación a la licitadora ECONOCOM SERVICIOS S.A., en la sesión 138, del 18 de octubre de 2023, la mesa considera que no está correcta y que no se ajusta a lo requerido en los pliegos:

- *El certificado presentado, de fecha de 19 de octubre de 2023, de estar al corriente con las obligaciones de la Seguridad Social tiene carácter negativo, no estando por lo tanto la licitadora al corriente con las obligaciones con la Seguridad Social.*



- *La firma en el documento de subsanación relativo al compromiso de adscripción de medios, de fecha de 19 de octubre de 2023, no es válida ya que no garantiza la identidad del firmante al no emitirse por un prestador de servicios de certificación cualificado.*

Por todo lo anterior, la mesa concluye que el licitador ha retirado su oferta al no haber cumplimentado adecuadamente el requerimiento efectuado conforme al artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Al no haberse presentado más licitadores a este procedimiento se declara desierta esta licitación”

El 27 de octubre, el órgano de contratación resuelve excluir al licitador propuesto como adjudicatario y declarar desierta la licitación.

La Resolución contiene pie de recurso ante este Tribunal, y es notificada al interesado a través de la PCSP y se publica en la citada Plataforma el 29 de octubre a las 15:36 horas.

Tercero. El 15 de noviembre de 2023 a las 21:52 horas, ECONOCOM SERVICIOS S.A. interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, contra el acto de exclusión y de declaración de desierta de la licitación, con el siguiente *petitum*, que *“lo estime anulando la resolución impugnada y, consecuentemente, ordenando la retroacción del procedimiento para proseguir con la adjudicación del contrato a favor de ECONOCOM SERVICIOS, S.A.”*

Se solicita así mismo la suspensión del procedimiento.

Cuarto. La sociedad contratante remite el expediente y su informe el 20 de noviembre.

Quinto. Con fecha 01 de diciembre de 2023, por la Secretaria General del Tribunal, actuando por delegación del mismo, se resuelve la denegación de la solicitud medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.



FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal que, sin perjuicio de apreciar la concurrencia de los demás requisitos de procedibilidad, es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1.b) y 3.a) y 45.1 de la LCSP, y 22.1.1º del 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), al ser el contratante un poder adjudicador del sector público estatal.

Existe no obstante un límite a nuestra competencia. La recurrente pretende que procedamos a adjudicarle directamente el contrato, siendo así que este órgano tiene funciones estrictamente revisoras y no puede sustituir al órgano de contratación en el ejercicio de las competencias que le son propias, por ello, sin perjuicio de tramitar la pretensión de declaración de nulidad del acto recurrido, se rechaza esas pretensiones de que por nuestra parte le adjudiquemos el contrato.

Segundo. De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, *“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.”*

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo



abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

La recurrente, único licitador en el procedimiento, puede convertirse en adjudicataria si prosperase su pretensión. En consecuencia, tiene interés legítimo, estando legitimada para interponer el recurso.

Tercero. El acto recurrido es el acto por el que se excluye a la licitadora y se declara desierta la licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a cien mil euros.

Por tanto, el acto y la licitación del contrato en que se ha producido, determinan su impugnabilidad de acuerdo con los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Cuarto. El acto impugnado se notificó a través de la PCSP el 29 de octubre de 2023, publicándose simultáneamente en dicha Plataforma el mismo día, interponiéndose el recurso en debida forma el 15 de noviembre.

En consecuencia, debe reputarse interpuesto el recurso en tiempo y forma, conforme a los artículos 50.1.c) y 51, y Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP.

Quinto. La recurrente funda su impugnación en los siguientes argumentos.

Aduce en primer término que hubo una correcta acreditación de estar al corriente de pago de las obligaciones con la Seguridad Social.

Así, señala que cuando fue propuesta como adjudicataria presentó un certificado de 3 de octubre de 2023 donde constaba que estaba al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social.

La Mesa le requirió el 18 de octubre en subsanación que presentase el certificado específico emitido a los efectos de contratación con sector público.



En respuesta al requerimiento de subsanación, presentó el certificado específico requerido de 19 de octubre de 2023; sin bien que este apareció como negativo debido a la existencia de una deuda por importe total de 124,15 euros en concepto de “*diferencias, errores mat. o de cálculo*”, de la que se procedió a su pago tan pronto como se tuvo noticia. Resulta del informe que la propuesta como adjudicataria no tenía conocimiento de la deuda, por lo que en cuanto tuvo conocimiento de ella, procedió a su inmediato pago.

El 26 de octubre, según le fue indicado telefónicamente, la empresa envió un correo electrónico a la dirección de correo electrónico de la Secretaria de la Mesa adjuntando el certificado positivo de 26 de octubre de 2023 que acreditaba que se encontraba al corriente de los pagos de la Seguridad Social.

Así, la recurrente estaba al corriente de sus deudas con la Seguridad Social antes de que la Mesa de Contratación se reuniese el 26 de octubre y declarase su exclusión.

Además, antes de acordar la exclusión por no estar al día de las obligaciones tributarias y sociales, debe concedérsele al licitador la oportunidad de probar la fiabilidad de su oferta. Ello conforme al artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva de contratación).

Así el Acuerdo de Pleno, de 5 de abril de 2022, de este Tribunal, sobre la aplicación de las prohibiciones para contratar interpretando el citado artículo 57.6 de la Directiva de contratación y el artículo 140.4 de la LCSP ha señalado que “*previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión. Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial.*”

De modo que la actuación del órgano de contratación ha vulnerado la LCSP y el artículo 57.6 de la Directiva de contratación al no haber tomado en consideración las pruebas aportadas por la recurrente acreditativas del cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social antes de proceder a la exclusión.



Además, ha actuado de manera desproporcionada tanto por la cuantía de la deuda en relación con el valor estimado del contrato, como al haber acordado la exclusión de la única oferta presentada sin haber concedido la oportunidad suficiente de probar que la deuda de 124,15 euros estaba ya abonada, o haber aceptado la documentación aportada acreditativa del pago.

En segundo término, aduce que hay desproporción en su exclusión por un defecto que, en todo caso, era de carácter formal, sobre la base de un hipotético defecto relativo a la falta de acreditación de la disponibilidad de los medios a adscribir al contrato, en relación con la representación/firma de la persona que suscribe el documento.

Así, la actuación del órgano de contratación contraviene la normativa europea en materia de firma electrónica.

No se pone en duda que la persona que firma electrónicamente sea la representante de la sociedad cuyos medios serán puestos a disposición de la recurrente, sino que el único motivo de rechazar el documento es que la firma electrónica que consta en este presentaría un defecto formal relativo a que *“no garantiza la identidad del firmante al no emitirse por un prestador de servicios de certificación cualificado”*

La actuación del órgano de contratación contraviene lo establecido en el artículo 25.1 del Reglamento (UE) 910/2014 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 que establece que *“no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada”*.

El órgano de contratación no pone en duda que el documento esté firmado electrónicamente sino únicamente que dicha firma electrónica no cumpliría con los requisitos de una firma electrónica cualificada, como tampoco se cuestiona si la persona tiene facultades de representación, de modo que es un defecto totalmente subsanable.

Además, señala la recurrente que aportó la documentación requerida firmada digitalmente a través de la PCSP por la persona apoderada de ECONOCOM, S.A., acompañando prueba de ello, siendo así que ECONOCOM SERVICIOS, S.A. ha actuado con la diligencia requerida ya



que aportó el documento firmado electrónicamente que acredita que ECONOCOM SERVICIOS, S.A. dispondrá de los medios de la otra sociedad de su grupo.

De contrario aduce la entidad contratante lo que sigue:

El no haber procedido a presentar la documentación requerida en el trámite de subsanación de documentación administrativa, no puede, en ningún caso, imputársele a la Administración, ya que ella una vez analizada la documentación presentada y al constatar que esta es incorrecta toma la decisión que en derecho procede, en este caso la exclusión de la licitadora.

Es reiterada la postura, por la que se debe permitir la subsanación de documentación administrativa, en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, pero también lo es que esta posibilidad de subsanación no debe ser en ningún caso infinita, puesto que en ese supuesto se estaría siempre con la inseguridad jurídica de admitir la subsanación de la subsanación que no está prevista en la Ley; ya que el artículo 141.2 indica que cuando aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días para que los corrija.

El citado plazo se otorgó como bien reconoce la recurrente mediante la comunicación de fecha 18 de octubre de 2023 y que, en contestación a dicho requerimiento de subsanación, aportó la documentación analizada por la € en su sesión del día 26 de octubre a las 13:00 horas en la que incluía un certificado negativo de estar al corriente de sus obligaciones de Seguridad Social, tal y como determina el artículo 71 de la propia LCSP.

Además, la recurrente en su recurso y documentación aportada para justificar el mismo, reconoce su error al incorporar un certificado negativo de Seguridad Social, y remite uno obtenido a las 13.26 horas del día 26 de octubre, es decir, con posterioridad a la celebración de la Mesa en la que se determinó que la documentación no era correcta, y por tanto se proponía la exclusión de la licitadora.

En relación con el otro motivo de exclusión de la licitadora y que es objeto de recurso, este órgano de contratación se ratifica en los términos reflejados como causa de exclusión en el Acta y que son los siguientes:



- La firma en el documento de subsanación relativo al compromiso de adscripción de medios, de fecha de 19 de octubre de 2023, no es válida ya que no garantiza la identidad del firmante al no emitirse por un prestador de servicios de certificación cualificado.
- Por todo lo anterior, la Mesa concluye que el licitador ha retirado su oferta al no haber cumplimentado adecuadamente el requerimiento efectuado conforme al artículo 150.2 de LCSP.

Sexto. Entrando ya en los argumentos del recurso, comenzaremos por examinar la exclusión por no estar al corriente de las obligaciones para con la Seguridad Social.

En el Acuerdo del Pleno de este Tribunal sobre la aplicación de las prohibiciones para contratar, de 5 de abril de 2022, señalamos cuanto sigue.

“Las prohibiciones para contratar se regulan en los artículos 71 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y resultan de aplicación a todas las licitaciones cuya preparación y adjudicación deba someterse a las reglas de la LCSP.

La cuestión que se ha suscitado y cuya respuesta es objeto de este acuerdo se centra en la aplicación temporal de lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP, con relación a las prohibiciones para contratar, cuando literalmente 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 la presentación de ofertas y subsistir en el momento de la perfección del contrato».

En particular, se trata de resolver si el precepto delimita un período de tiempo o un determinado momento, para acreditar y apreciar si el licitador se encuentra incurso en una prohibición para contratar, que conlleve su no admisión o exclusión de la licitación.

DERECHO COMUNITARIO

Los motivos de exclusión se regulan en la Directiva 2014/24/UE artículos 57 y siguientes, diferenciando los motivos de necesaria trasposición al derecho interno (primer apartado y el párrafo primero del segundo) de aquellos cuya trasposición es facultativa.



Los motivos de necesaria trasposición son una relación de conductas tipificadas como delito (las cuales han sido incorporadas junto con otros tipos delictivos, en el apartado primero del artículo 71 de la LCSP). Los motivos de facultativa trasposición se encuentran enumerados en el apartado cuarto.

Mención aparte merece, la causa de exclusión consistente en el incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Esta causa será de necesaria trasposición al derecho interno, cuando dicho incumplimiento «haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido el operador económico o las del estado miembro del poder adjudicador». Fuera de ese supuesto, es decir, cuando el incumplimiento se pueda demostrar por cualquier medio de prueba en derecho, este será un motivo de exclusión de facultativa trasposición.

Ahora bien, en ambos casos, la causa de exclusión no se aplicará si el licitador cumple sus obligaciones de pago o celebra un acuerdo vinculante con vistas a los pagos correspondientes, incluidos en su caso intereses y multa.

A continuación, con carácter imperativo para las causas de necesaria trasposición y potestativo para las restantes, el apartado quinto del artículo 57 establece la exclusión del licitador (operador económico en terminología de la Directiva) en cualquier momento del procedimiento, si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo en una causa de exclusión. Es decir, el Derecho comunitario impone y aconseja en función de la causa de exclusión, que su apreciación no se limite a un momento sino al período completo de licitación.

Ahora bien, la decisión de exclusión se matiza para todos los motivos (sean de necesaria o facultativa trasposición al derecho interno) por lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva, cuando establece que **el licitador podrá presentar pruebas de que las medidas por él adoptadas son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente** en los términos de lo dispuesto en los artículos 58 y 60 de la Directiva. **Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.**

Esta previsión tiene efecto directo y, como tal, ha de ser incorporada al Derecho interno tal y como ha señalado la Sentencia del TJUE de fecha 14 de enero de 2021.

Interesa destacar como el artículo 60 de la Directiva precisa que los certificados de antecedentes penales y el certificado administrativo en lo atinente al cumplimiento de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social se aceptarán como prueba suficiente con relación a los motivos de exclusión necesarios.

A la vista de lo anterior y a efectos de interpretar lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP sobre la cuestión suscitada, consideramos:

- que el artículo 57 contempla expresamente que en cualquier momento del procedimiento pueda apreciarse la existencia de un motivo de exclusión, como consecuencia de los actos cometidos u omitidos antes o durante la licitación.

*- **que el operador económico podrá aportar prueba para acreditar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente.** Esta afirmación resulta aplicable a todos los motivos de exclusión y la consecuencia es que si las pruebas se consideran suficientes el operador económico no quedará excluido del procedimiento de contratación.*

*- en particular, **con relación a la causa consistente en el incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, esta no se aplicará si el licitador cumple sus obligaciones de pago o celebra un acuerdo vinculante con vistas a los pagos correspondientes, incluidos en su caso intereses y multa.***

LA LCSP

Una interpretación literal del precepto en cuestión conduce, sin duda, a entender que la aplicación de la prohibición para contratar se produce en dos momentos: al finalizar el plazo de presentación de ofertas y en el momento de perfección del contrato: <las circunstancias relativas a ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de la presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato>>.



A igual conclusión se llega con base en una interpretación sistemática, teniendo en cuenta lo señalado además de en el artículo 140.4 de la LCSP, lo dispuesto en su apartado tercero y en los artículos 39, 65, 72 y, a mayor abundamiento, en el artículo 69.8 de la LCSP.

*Es más, entendemos que no solo se respalda la identificación de dos momentos, sino incluso la existencia de un período de tiempo, de forma que el licitador no solo no puede incurrir en causa de prohibición para contratar al final del plazo de presentación de ofertas y en el momento de la perfección del contrato (ha de entenderse celebración, como veremos ex artículo 39 de la LCSP) sino durante el tiempo que medie entre ambas. Esa sería la interpretación que debe darse al verbo “subsistir” (según la RAE del latín *subsistere*. 1. intr. Dicho de una cosa: Permanecer, durar o conservarse. 2. intr. Mantener la vida, seguir viviendo. 3. intr. Fil. Dicho de una sustancia: Existir con todas las condiciones propias de su ser y de su naturaleza) que incluso algún precepto como el artículo 69.9 LCSP llega incluso a señalar como mantener.*

En efecto, analizando los preceptos apuntados:

- El artículo 39.2 a) al regular los contratos nulos de pleno derecho identifica como tales los celebrados concurriendo (el subrayado es nuestro):

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

- El artículo 65 al regular la aptitud para contratar con el sector público señala en su apartado primero que:

“1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”.

- El artículo 72 de la LCSP, cuando establece quién y cómo ha de apreciar las prohibiciones para contratar, aun diferenciando entre aquellas apreciables directamente por el órgano de contratación de las que precisan declaración administrativa sobre su alcance y duración, señala para ambas que tras apreciarse subsisten:

1. Las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

2. La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.

- El artículo 69.8 de la LCSP aborda ex novo (la regulación previa en materia de contratos no regulaba este tema) la modificación de la composición de la UTE durante la licitación del contrato. Al hacerlo, dicho precepto impone la exclusión de la UTE, cuando alguna de las empresas integrantes quede incurso en prohibición para contratar:

“8. Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar.”

-Para concluir el artículo 140.4 LCSP en lógica coherencia con todo lo anterior, permite al órgano de contratación comprobar la ausencia de prohibiciones en cualquier momento del procedimiento de licitación, cuando existan indicios de lo contrario:

“3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte



necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato”.

JURISPRUDENCIA SOBRE LA CUESTIÓN

La interpretación literal y sistemática que hasta aquí hemos defendido no se compadece con la realizada por el Tribunal Supremo en su única sentencia hasta la fecha sobre la cuestión controvertida (no resulta de interés la sentencia posterior 1115/2021, de 14 de septiembre, pues aborda la ejecutividad de las prohibiciones para contratar, cuando estas precisan de una resolución que determine su duración y alcance).

La Sentencia del Tribunal Supremo 2970/2020, de 28 de septiembre dictada resolviendo un recurso de interés casacional, concluye en su Fundamento de Derecho octavo descartando que la ausencia de encontrarse incurso en una prohibición para contratar deba apreciarse en el momento de la formalización del contrato ni de forma interrumpida hasta ese momento desde el fin del plazo de presentación de ofertas, optando por este único momento:

«...el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta».

Ahora bien, se trata de una única sentencia en la que solo se tuvieron en consideración los artículos 71. 1 d), el artículo 72.1 y el 140.4 de la LCSP (según su Fundamento de Derecho Sexto) y no, entre otros, el radical artículo 39 de la LCSP que sanciona con la nulidad a los contratos celebrados encontrándose el adjudicatario en prohibición para contratar.

Igualmente, debemos mencionar que el supuesto de hecho controvertido no aplicaba la Ley 9/2017, al tratarse de una licitación celebrada con anterioridad a su entrada en vigor.

Atendido todo lo anterior, este Tribunal ACUERDA:

- Las prohibiciones para contratar se aplicarán a todos los licitadores que concurran a un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP, no solo al propuesto como adjudicatario.



- Los licitadores deberán no encontrarse incursos en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas.
- El licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato.
- Durante la licitación el órgano de contratación podrá exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.
- Encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión.
- Previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión.

Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial.”

Pues bien, a la vista de nuestra doctrina aquí expuesta, la decisión de la Mesa de Contratación, ratificada por el órgano de contratación, de excluir a la recurrente por no estar al corriente de las obligaciones para con la Seguridad Social, sin darle audiencia ni concederle la oportunidad de probar su fiabilidad, procediendo o acreditando el pago, u obteniendo un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento de la deuda, vulnera manifiestamente el artículo 140.4 de la LCSP, interpretado conforme a lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva de contratación.

En efecto, la recurrente presento un primer certificado de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones para con la Seguridad Social, pero que no se adecuaba al modelo específico a los efectos de contratación con sector público.



La recurrente requerida para presentar nueva certificación adecuada a ese modelo, la presentó, sin bien que en la nueva certificación aparecía pendiente una deuda para con la Seguridad Social de 124,15 euros.

La recurrente afirma que pagó la deuda, y así lo acredita documentalmente, así mismo acredita que el 26 de octubre envió un correo electrónico a la dirección de la Secretaria de la Mesa – lo que ha sido aceptado como cierto por el informe del órgano de contratación al recurso- adjuntando un nuevo certificado de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones para con la Seguridad Social de 26 de octubre de 2023.

Resulta por tanto que la Mesa, en vez de proceder a dar audiencia al licitador facilitándole la posibilidad de que procediese al pago de la deuda o a obtener su aplazamiento o fraccionamiento, procedió a acordar la exclusión de la recurrente por tal motivo, vulnerando con ello la LCSP y la Directiva de contratación.

Adicionalmente, la Mesa, aun cuando ya hubiera adoptado su acuerdo de exclusión, conoció con posterioridad el pago de la deuda y, por tanto, que la recurrente no estaba incurso en prohibición de contratar, y en vez de proceder a la revisión del acuerdo adoptado, permitió que, con posterioridad a la constancia de la inexistencia de la prohibición, el órgano de contratación la ratificara en la resolución recurrida.

No es argumento el dado en el informe de contratación en el sentido de que hemos limitado la posibilidad de subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, pues no es esa nuestra doctrina.

Efectivamente nos hemos opuesto a una subsanación continuada o en bucle, es decir a un abuso de la facultad de subsanación, pero eso no excluye que la Mesa o el órgano de contratación puedan pedir aclaración sobre la documentación presentada -en este caso habida cuenta de la contradicción entre los certificados sucesivos aportados-, ni menos aún el incumplimiento de obligaciones expresamente impuestas por la LCSP y la Directiva de contratación, como es la de poner de manifiesto al licitador la existencia de una prohibición para contratar antes de acordarla, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, en este caso mediante el pago de la deuda pendiente, o la obtención de su fraccionamiento o aplazamiento, e *item* más, conociendo después de adoptado el acuerdo de exclusión, el pago efectivo de la deuda y, por tanto, la inexistencia de prohibición para contratar, no revisar su



acuerdo, manteniendo la propuesta de exclusión y permitiendo que el órgano de contratación excluyese a la recurrente por tal causa, causándole una manifiesta indefensión a la recurrente.

En consecuencia, la exclusión por tal motivo es radicalmente nula.

Séptimo. Seguidamente examinaremos la exclusión por la Mesa de la recurrente por la que la firma en el documento relativo al compromiso de adscripción de medios no se emitió por un prestador de servicios de certificación cualificado.

Es cierto que, conforme a lo dispuesto por el artículo 10.2.a) de la LPACAP, los obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, como es el caso, sólo se considerarán válidos a efectos de firma los sistemas de firma electrónica cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación”.

Ahora bien, ello no quiere decir, ni que una firma electrónica sin esas características no acredite, en ningún caso, la identidad del firmante, como señaló la Mesa en el Acta, ni, menos aún, que tal defecto formal no sea susceptible de subsanación.

Así, la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que es complementaria al Reglamento (UE) n.º 910/2014 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 el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, establece en su artículo 3, bajo la denominación efectos jurídicos de los documentos electrónicos, lo siguiente.

“1. Los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.

2. La prueba de los documentos electrónicos privados en los que se hubiese utilizado un servicio de confianza no cualificado se regirá por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Si el servicio fuese cualificado, se estará a lo previsto en el apartado 4 del mismo precepto.”

Dicho precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *“cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo solicite o se impugne su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico que un servicio electrónico de confianza no cualificado de los previstos en el Reglamento (UE) 910/2014 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, permita acreditar, se procederá con arreglo a lo establecido en el apartado 2 del presente artículo y en el Reglamento (UE) n.º 910/2014”*

Es decir, que es necesario probar la autenticidad del documento solo cuando se impugne, lo que puede hacerse mediante los medios admitidos en derecho, y que, además, cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, se valorará conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 326.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es decir, que el empleo de una firma electrónica de un servicio electrónico de confianza no cualificado, no permite afirmar de modo taxativo la imposibilidad de acreditar la identidad del firmante, pues la ley permite tal acreditación mediante otros medios de prueba.

Tampoco es cierto que tal defecto, el empleo de una firma electrónica de un servicio electrónico de confianza no cualificado, no pueda subsanarse.

Así el artículo 141.2 de la LCSP señala respecto de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, lo siguiente.

“2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.”

Igualmente, los artículos 22.1.a) y 81.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (el RD 817/2009) impone a la Mesa respecto de tales documentos, comunicar a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación,



concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia Mesa de contratación.

Estos preceptos imponen la obligación de permitir la subsanación de omisiones y defectos que así lo permitan, y son igualmente aplicables a los documentos a los que se refiere el artículo 150.2 de la LCSP.

Pues bien, el carácter subsanable de la firma electrónica ha sido expresamente declarado por el Tribunal Supremo en sus Sentencias números 762/2021, de 31 de mayo, y 960/2023, de 12 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

En ellas, el Alto Tribunal declara el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la firma del solicitante, señalado expresamente en la primera de las sentencias que *“sería sumamente difícil -por no decir imposible- argumentar que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a las solicitudes presentadas por vía electrónica. Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente dicha, afectan a la “acreditación de la autenticidad de la voluntad” del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica”*

Así siendo subsanable la ausencia de firma, ya sea manual o electrónica, *item* más lo es cuando no falta la firma, sino que se utiliza un sistema electrónico de firma distinto del exigible, como es el caso.

Debió pues la Mesa permitir al recurrente subsanar la firma electrónica empleada y no haciéndolo hecho, causó indefensión a la licitadora.

Procede pues declarar también nula en este aspecto la resolución recurrida.

Estimado el recurso, procede declarar nulos tanto la resolución impugnada como el acuerdo de la Mesa del que trae causa, ordenando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de octubre y concediéndole plazo de tres días para subsanar la firma electrónica del documento relativo al compromiso de adscripción de medios, y a la vista de tal subsanación, si se produce, acordar lo que proceda sobre la adjudicación del contrato.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Único. Estimar el recurso interpuesto por D. D. P. B., en representación del ECONOCOM SERVICIOS, S.A., contra la Resolución del Gerente, de 27 de octubre de 2023, por la que le excluye y se declara desierta la licitación convocada por la Gerencia de informática de la Seguridad Social para contratar los *“Servicios de mantenimiento que dé cobertura a todo el equipamiento de servidores BLADE HP, así como al software asociado en su caso, necesario para dar servicio de alojamiento y ejecución de aplicaciones de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social”* (Exp. 2023/7029), anulando el acto recurrido y el acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de octubre de 2023 del que trae causa, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a tal acuerdo.

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 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 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