

**RECURSO 25/2024
RESOLUCIÓN 41/2024**

Resolución 41/2024, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. xxx, en representación de la mercantil Asac Comunicaciones, S.L., frente a la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital de 5 de febrero de 2024, por la que se declara desierta la licitación del contrato de suministro, instalación, soporte y mantenimiento de equipamiento principal de conmutación de redes, expediente DGTAD 01/24.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Resolución de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda, de 3 de octubre de 2023, se acuerda la adhesión de la Administración General y de determinadas entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, al procedimiento de adquisición centralizada establecido en el Sistema Dinámico de Adquisición 24/2022 (en adelante SDA 24/2022), de suministro de equipos de comunicaciones, servidores y sistemas de almacenamiento, del sistema estatal de contratación centralizada.

Segundo.- Por Orden de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital, de 22 de noviembre de 2023, se inició el expediente para la contratación del suministro, instalación, soporte y mantenimiento de equipamiento principal de conmutación de redes.

El valor estimado del contrato es de 826.446,28 euros.

Tercero.- El 14 de diciembre de 2023 se remiten a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público invitaciones a todos los licitadores admitidos en el lote 1 del Sistema Dinámico de Adquisición del Sistema de Contratación Centralizada (SDA 24/2022).

Finalizado el plazo de presentación de ofertas, concurren en tiempo y forma cinco de las empresas invitadas: Asac Comunicaciones, S.L., Sistemas

Avanzados de Tecnología, S.A., Solutia Innovaworld Technologies, S.L, Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. y UTE TRC - GNET SDA 24/2022.

Cuarto.- El 25 de enero de 2024 la Dirección General de Telecomunicaciones y Administración Digital emite informe de evaluación del precio y de otros criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas del contrato y manifiesta que "no quedan ofertas a valorar".

Quinto.- El 21 de febrero de 2024 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital, de 5 de febrero de 2024, por la que se declara desierta la licitación del contrato de suministro, instalación, soporte y mantenimiento de equipamiento principal de conmutación de redes, expediente DGTAD 01/24, a través del sistema de adquisición centralizada.

Sexto.- El 12 de marzo de 2024 D. xxx, en representación de la mercantil Asac Comunicaciones, S.L., interpone recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución.

Séptimo.- Se han recibido en este Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación de 14 de marzo de 2024, en el que se solicita la desestimación del recurso.

Octavo.- El 15 de marzo se confirió traslado del recurso a los licitadores. No consta la presentación de alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

3º.- El recurso se ha interpuesto frente a la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital, de 5 de febrero de 2024, por la que se declara desierta la licitación de un contrato de suministros cuyo valor estimado (826.446,28 euros) es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme a los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Este Tribunal considera que el órgano de contratación está acordando implícitamente la exclusión de la oferta de la recurrente al no cumplir lo dispuesto en el documento de invitación y en el PPT. Ahora bien, en lo sucesivo se aconseja la adopción de acuerdo expreso de exclusión por el órgano competente y su notificación.

Por otra parte, la recurrente impugna la expresada Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital por la que tácitamente se excluye su oferta y expresamente se declara desierta la licitación. No obstante, la recurrente centra única y exclusivamente su recurso en la impugnación de su exclusión, no alegando motivo alguno relativo a la declaración de desierto. Ahora bien, es obvio que la estimación de la impugnación de la exclusión obligaría a la readmisión de la proposición de la recurrente y la declaración de desierto decaería automáticamente.

El recurso contra la citada Resolución se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

4º.- A la vista de la pretensión articulada, la solución del recurso exige determinar si la exclusión acordada se ajusta al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo, y en especial, en este caso, al pliego de cláusulas administrativas particulares que, junto con el pliego de prescripciones técnicas, constituyen la ley de contrato, tal como viene afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia.

La entidad recurrente manifiesta que "el 25 de enero de 202(4) fue emitido un informe de valoración del precio y de otros criterios evaluables mediante fórmulas en el que se decidió no evaluar su oferta (...) por no cumplir la acreditación de los requisitos de seguridad exigidos en el documento de invitación".

Considera que "en la página 5 de su oferta se observan los modelos ofertados: Dell EMC S5248F-ON y Dell EMC S5224F-ON. Y añade que "en las

páginas 8, 9 y 10 de la misma, constan sendas declaraciones de idoneidad del fabricante, de que los equipos ofertados cumplen con los requisitos establecidos en los pliegos que rigen la contratación, medio idóneo para acreditar el cumplimiento de dicho requisito, en orden a los medios de acreditación establecidos en el apartado III.2.2 del PPT del SDA, es decir, suficiente en orden a acreditar la seguridad de los equipos”.

Añade que “consta certificación del fabricante de que los equipos cumplen los pliegos que rigen el contrato específico. Además, señala que la solución ofertada, consta en la Guía del Centro Criptológico Nacional, ‘Guía CCN-STIC-105 Catálogo de Productos y Servicios de Seguridad de las TIC’, que se puede consultar en la siguiente dirección: »<https://www.ccn-cert.cni.es/es/guias-de-acceso-publico-ccn-stic/2536-ccn-stic-105-catalogo-de-productos-de-seguridad-de-las-tecnologias-dela-informacion-y-la-comunicacion/file.html>”.

Por los motivos expuestos, la recurrente solicita la nulidad de la resolución por la que se declara desierta la licitación y la retroacción del expediente a fin de que por el órgano de contratación se proceda a valorar su oferta “al cumplir los requisitos establecidos en los pliegos a tal fin”.

Por otro lado, el informe al recurso del órgano de contratación afirma que “la recurrente no incluye en su oferta ninguno de los medios admisibles descritos en el apartado III.2.2 del PPT para acreditar los requisitos de seguridad exigidos en el documento de invitación del expediente objeto del recurso”.

Argumenta que “en el apartado 14 del documento de invitación se indica que la falta de acreditación será motivo de exclusión de la oferta”. Y concluye que “la falta de esa documentación como contenido de la oferta desencadena necesariamente la exclusión”.

5ª. En este supuesto, sentadas las posiciones de las partes, la recurrente considera, en síntesis, que la documentación presentada con su oferta era suficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos de seguridad exigidos en el PPT.

El apartado 14 del documento de invitación (documento 3 del expediente), en relación con la forma de presentación y contenido de las ofertas, establece lo siguiente:

“(…) Si la oferta incluye equipos y/o programas que forman parte de la arquitectura de seguridad del organismo se deberá incluir la acreditación de los requisitos de seguridad exigidos por cualquiera de los medios descritos en el apartado III.2.2 o III.2.3 del PPT, según corresponda. La falta de acreditación será motivo de exclusión de la oferta”.

El apartado 2.4 del documento de invitación manifiesta que “El suministro incluye equipamientos o programas que forman parte de la arquitectura de seguridad del sistema de información resultando de aplicación lo previsto en el apartado 9.3 del documento de invitación (…)”.

Por otro lado, en este caso, como afirma el informe del órgano de contratación, no existen requisitos de seguridad agravados por legislación específica. Por ello, resulta aplicable el apartado III.2.2 del PPT que dispone que “para acreditar la certificación de las funciones de seguridad de los equipos en los supuestos anteriores por parte del licitador en el momento de presentar su oferta, se considerará válido cualquiera de los siguientes medios, en orden de preferencia:

- »• el equipo está incluido en el Catálogo de Productos y Servicios de Seguridad de las Tecnologías de la Información y Comunicación elaborado por el CCN antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas; o bien

- »• el equipo está incluido en otro catálogo considerado equivalente por el Centro Criptológico Nacional antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas; o bien

- »• el equipo esté certificado dentro del EUCC (Esquema de ciberseguridad europeo para productos TIC) o cualquier otro que sea aprobado por la Comisión Europea en virtud del artículo 49 del Reglamento (UE) 2019/881 relativo a ENISA y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas; o bien

- »• el equipo satisface lo exigido en el artículo 19.2 letra c) del Real Decreto 311/2022 (…)”.

En los términos que ya se ha expuesto, la recurrente aportó en su oferta (documento 16) una declaración de idoneidad emitida por el fabricante de los ordenadores en la que se declaraba que “la oferta realizada (…) compuesta por conmutadores Dell EMC PowerSwitch S5248F-ON y S5224F-ON cumple los

requisitos mínimos recogidos en el pliego y descritos en el Anexo I (de las prescripciones técnicas”.

El 25 de enero de 2024 la Dirección General de Telecomunicaciones y Administración Digital emite informe (documento 21) en el que, en lo que se refiere a la oferta de la recurrente, manifiesta lo siguiente:

“El Documento de invitación establece en el mismo apartado 14, FORMA DE PRESENTACIÓN Y CONTENIDO DE LAS OFERTAS, que “Si la oferta incluye equipos y/o programas que forman parte de la arquitectura de seguridad del organismo se deberá incluir la acreditación de los requisitos de seguridad exigidos por cualquiera de los medios descritos en el apartado III.2.2 o III.2.3 del PPT, según corresponda. La falta de acreditación será motivo de exclusión de la oferta”. Esto es así puesto que, según se afirma en el apartado 2.4, CATEGORIZACION CONFORME AL ESQUEMA NACIONAL DE SEGURIDAD (ENS), y en cuanto a la relación de los suministros con la arquitectura de seguridad, el suministro incluye equipamientos o programas que forman parte de la arquitectura de seguridad del sistema de información resultando de aplicación lo previsto en el apartado 9.3 del documento de invitación. Los suministros objeto del presente contrato específico, que forman parte de la arquitectura de seguridad del organismo destinatario son los siguientes: A fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas los conmutadores deberán tener certificadas sus funcionalidades de seguridad como “Enrutadores” o “Switches” para su uso en sistemas de información de categoría ENS MEDIA o ALTA.

»ASAC no incluye en su oferta ninguno de los medios admisibles descritos en el apartado III.2.2 del PPT del SDA 24/2022 para acreditar los requisitos de seguridad exigidos en el Documento de invitación.

»Por todo ello, ASAC no cumple la acreditación de los requisitos de seguridad exigidos en el Documento de invitación”.

El informe concluye que “no quedan ofertas que valorar”.

Posteriormente, el 21 de febrero de 2024 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital, de 5 de febrero de 2024, por la que se declara desierta la licitación del contrato y, tal y como hemos relatado, se excluye implícitamente a la recurrente sobre la base del citado informe.

Por tanto, resulta probado que la recurrente no acreditó los requisitos de seguridad a través de alguno de los medios previstos en la expresada cláusula 14 del documento de invitación. Ahora bien, es necesario analizar las consecuencias de este incumplimiento. En concreto, resulta preciso determinar si estamos ante un defecto subsanable que no supone un cambio de la voluntad declarada inicialmente por la recurrente en su oferta o si, por el contrario, estamos ante un incumplimiento de una prescripción técnica que conlleva necesariamente la exclusión del licitador.

Para resolver esta cuestión, partimos de la doctrina establecida por este Tribunal en relación con el carácter vinculante de los pliegos, en virtud de la cual, los órganos de contratación y los licitadores están sujetos a las previsiones de los pliegos que rigen la contratación, que se configuran como una verdadera *lex contractus* para todos ellos, y, particularmente, para las empresas licitadoras que no los impugnen en tiempo y forma y que tomen parte en el procedimiento de contratación presentando sus proposiciones.

En este sentido, el artículo 139.1 de la LCSP establece que: “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

En consecuencia, la presentación de la oferta implica la aceptación incondicionada de todas y cada una de las obligaciones establecidas en los pliegos y, en este caso concreto, también supone la aceptación de las obligaciones previstas en el documento de invitación.

En este supuesto, la cláusula 14 del documento de invitación establece que se deberá incluir la acreditación de los requisitos de seguridad exigidos por cualquiera de los medios descritos en el apartado III.2.2 del PPT y dispone que la falta de acreditación será motivo de exclusión de la oferta. Ahora bien, la recurrente considera que la declaración de idoneidad aportada por el fabricante del ordenador en el que se constatan los equipos ofertados y se declara que “la oferta cumple los requisitos mínimos recogidos en el pliego” es suficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos de seguridad exigidos en el PPT.

Este Tribunal considera que, si bien es cierto que la recurrente no acredita los requisitos de seguridad de los equipos ofertados a través de los medios requeridos, parece razonable pensar que el medio de acreditación utilizado, esto es, una declaración de idoneidad emitida por el fabricante de los ordenadores permitía una subsanación que no comportaba un cambio en el contenido de la oferta.

En este sentido, resulta ilustrativo el informe 12/2020, de 2 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya que aborda las consecuencias para las empresas licitadoras de la falta de acreditación del cumplimiento de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad. En el citado informe se concluye que "tanto la falta de aportación del compromiso como la falta de acreditación del cumplimiento de conformidad con el ENS, hay que entenderlas subsanables, ya que no suponen un cambio de la voluntad declarada inicialmente por las empresas licitadoras en sus ofertas, si bien puede comportar la exclusión, en caso de no producirse la subsanación o que de la descripción técnica contenida en la oferta se constate un incumplimiento expreso de una prescripción del pliego respectivo, por ser esta incongruente u oponerse".

Las circunstancias que concurren en este caso llevan a este Tribunal a considerar desproporcionada y excesivamente rigurosa la exclusión de la recurrente. La falta de acreditación de los requisitos de seguridad a través de los medios señalados en el documento de invitación hay que entenderla como subsanable, siempre y cuando no suponga una modificación de la oferta declarada inicialmente por la recurrente.

Por otro lado, la recurrente parece afirmar que cumplía los requisitos de seguridad en el momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas. En este sentido, afirma que la solución ofertada consta en la Guía del Centro Criptológico Nacional, (Guía CCN-STIC-105 Catálogo de Productos y Servicios de Seguridad de las TIC) y precisa que en la página 85 de la mencionada guía del CNN se observa como los productos ofertados están certificados en ENS ALTO. El informe del órgano de contratación no se pronuncia sobre este extremo. Por ello, deberá resolverse esta cuestión en el trámite de subsanación.

Por todo lo expuesto, este Tribunal entiende que el órgano de contratación debe requerir a la recurrente para que subsane su oferta y acredite el cumplimiento de los requisitos de seguridad exigidos por cualquiera

de los medios descritos en el apartado III.2.2 del PPT. La aportación de esta documentación no podrá implicar una modificación de la oferta inicial, es decir, se deberá acreditar el cumplimiento de las condiciones de seguridad requeridas antes de finalizar el plazo de presentación de ofertas. En caso de no producirse la subsanación se excluirá su oferta.

A mayor abundamiento, este Tribunal ha declarado, de forma reiterada, que para que el incumplimiento de las prescripciones, como condiciones mínimas que deben cumplir las ofertas, comporte la exclusión debe tratarse de un incumplimiento expreso del PPT por la descripción técnica contenida en la oferta, en el sentido de que no haya duda de que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego. Además, tiene que ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT.

Los argumentos expuestos permiten colegir que la falta de acreditación del cumplimiento de las condiciones de seguridad por parte de una empresa licitadora podría comportar su exclusión cuando, estando establecida como obligación en los pliegos de prescripciones técnicas, haya un incumplimiento expreso y claro de la misma prescripción técnica en la oferta que se presente.

En este supuesto, no se acredita la existencia de un incumplimiento expreso y claro por parte de la recurrente de los requisitos de seguridad requeridos en el PPT. El expresado informe emitido por la Dirección General de Telecomunicaciones y Administración Digital se limita a excluir a la recurrente por no acreditar las citadas condiciones de seguridad a través de alguno de los medios previstos en el PPT, sin pronunciarse sobre el posible incumplimiento de los requisitos de seguridad por los equipos ofertados.

Por lo expuesto, este Tribunal entiende que el órgano de contratación debe requerir a la recurrente para que subsane su oferta en los términos detallados en esta resolución.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. xxx, en representación de la mercantil Asac Comunicaciones, S.L., frente a la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital de 5 de febrero de 2024, por la que se declara desierta la licitación del contrato de suministro, instalación, soporte y mantenimiento de equipamiento principal de conmutación de redes, expediente DGTAD 01/24, y anularla, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la exclusión de la oferta de la recurrente, a efectos de que se requiera a la misma para que subsane su oferta en los términos establecidos en esta resolución.

SEGUNDO.- Notificar la resolución a todos los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).