Recurso 312/2022
Resolución 441/2022
Sección tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 9 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado "Servicios de asistencia técnica 24x7 de administración de sistemas informáticos y comunicaciones de los Centros de Procesos de Datos (Cpds) y las sedes de la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A.", (Expte. C101-04MH-0522-0035), promovido por la citada empresa pública que se encuentra adscrita a la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de mayo de 2022 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 711.753,96 euros y entre las licitadoras que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación, el 19 de julio de 2022, el órgano de contratación resuelve adjudicar el referido contrato de servicios a la empresa SOLTEL IT SOLUTIONS SOCIEDAD LIMITADA (en adelante, SOLTEL).

SEGUNDO. El 8 de agosto de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L. (en adelante, ICA) contra la resolución de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.

Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicitó el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que posteriormente tuvo entrada en este Órgano.

Por último, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad adjudicataria SOLTEL .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante con fecha 19 de julio de 2022 y en esa misma fecha se notificó a la entidad ICA, por lo que el recurso presentado el 8 de agosto de 2022 en el registro de este Tribunal lo ha sido dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la recurrente.

La entidad ICA, mediante la interposición del presente recurso especial, solicita a este Tribunal la anulación de la adjudicación del contrato a favor de la mercantil SOLTEL, así como retrotraer las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas.

Sostiene la recurrente, como fundamento de su pretensión, que la empresa adjudicataria no ha acreditado la solvencia técnica en los términos requeridos en el pliego de cláusulas administrativas que rige la presente licitación (PCAP).

Hace constar que: «*conforme a la Resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 13 de octubre de 2016, mediante la cual se aprobó la "Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS", en el apartado VII de la Instrucción Técnica se establece que los operadores del sector privado que presten servicios o*

provean soluciones a las entidades públicas a las que resulte exigible el cumplimiento del ENS deberán estar en condiciones de exhibir la correspondiente "Declaración de Conformidad con el ENS", cuando se trate de sistemas de categoría BÁSICA, o la "Certificación de Conformidad con el ENS", cuando se trate de sistemas de categorías MEDIA o ALTA.». Por lo que de conformidad con el contenido de la mencionada Instrucción Técnica concluye la recurrente: "*no se admite declaración de conformidad para nivel medio de ENS, sino que se solicita disponer de Certificación de Conformidad con el ENS, cuando se trate de sistemas de categorías MEDIA o ALTA.*

Argumenta que han podido constatar que: *"la empresa propuesta como adjudicataria del expediente referenciado, esto es SOLTEL SOLUCIONES S.L., no posee clasificación ni certificación en Esquema Nacional de Seguridad, requerida en el PCAP, como se puede comprobar en la relación de empresas certificadas en el Esquema Nacional de Seguridad que se ofrece en el Centro Criptológico Nacional a través de su web".*

Considera que dándose la circunstancia inequívoca de que la entidad propuesta como adjudicataria no se encuentra debidamente clasificada ni certificada en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) y siendo éste un requerimiento del PCAP, la referida adjudicación supone una vulneración de los principios de transparencia, igualdad y libre competencia contemplados en el artículo 132 de la LCSP.

Cita como apoyo de su pretensión diversas resoluciones de este Tribunal.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe se opone a las pretensiones del recurso así como a los argumentos en él esgrimidos, solicitando la desestimación del mismo.

Argumenta que no es cierto, como afirma la recurrente, que el pliego exija a los licitadores estar en posesión de certificación en el Esquema Nacional de Seguridad, sino de una declaración de conformidad media con el ENS. Alega que: "*La Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A. cuenta, desde el día 10 de marzo de 2020, con una declaración de conformidad BÁSICA con el Esquema Nacional de Seguridad para sus sistemas de información y servicios prestados.".* Afirma que SOLTEL aportó como documentación acreditativa de su solvencia técnica declaración de aplicabilidad del ENS y un certificado de la empresa ASCENDIA en el que se informaba que SOLTEL se encontraba en proceso de certificación a nivel medio de los sistemas de información de acuerdo con lo establecido en el nuevo Real Decreto 311/2022 de 3 de mayo, que regula el Esquema Nacional de Seguridad. Y concluye que: «*Con la presentación de la documentación indicada, se considera cumplido el requerimiento de solvencia técnica "declaración de conformidad media con el ENS" por parte de la empresa SOLTEL IT SOLUTIONS S.L., para el expediente C101-04MH-0522- 0035, por lo que se procedió a la valoración técnica de la propuesta presentada por la citada empresa al expediente referido».*

Cita como apoyo de su alegación doctrina de este Tribunal sobre la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

3. Alegaciones de la adjudicataria.

Finalmente, la entidad adjudicataria SOLTEL se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente solicitando la desestimación del recurso. Al efecto esgrime al igual que el órgano de contratación : *"que, contrariamente a lo que se indica por la recurrente, en los Pliegos que rigen la referida licitación no se exige ni la Certificación de*

Conformidad ni la Clasificación en el Esquema Nacional de Seguridad". Afirma haber cumplido la literalidad del pliego en este apartado, al haber aportado una *"declaración de conformidad media con el ENS".*

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Como anteriormente se ha referido, la recurrente en su escrito de interposición se opone al acuerdo de adjudicación argumentando que la empresa propuesta como adjudicataria no acredita la solvencia técnica en los términos exigidos en el pliego. Al efecto invoca el contenido de la Resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 13 de octubre de 2016, mediante la cual se aprobó la *"Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS",* y afirma que la citada norma "*no admite declaración de conformidad para nivel medio de ENS, sino que solicita disponer de la Certificación de Conformidad con el ENS, cuando se trate de sistemas de categorías MEDIA o ALTA".* Por lo que considera que dado que *"SOLTEL no posee la clasificación ni certificación en Esquema Nacional de Seguridad, requerida en el PCAP",* deviene improcedente la adjudicación del contrato *"por incumplimiento indubitado del PCAP".*

Pues bien, con carácter previo cabe indicar que conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, 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. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras.

En igual sentido se pronuncia el PCAP que en su cláusula 2.2 denominada *"Presentación de proposiciones"* dispone: *"La presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas de este pliego, sin salvedad o reserva alguna".*

La regulación dada por el PCAP a la cuestión objeto de controversia está prevista en la cláusula 2.3 titulada *"Formas de presentación de las ofertas",* en concreto en su apartado 3, relativo a la documentación acreditativa de la solvencia técnica de la empresa licitadora, en la que se prevé que: *"Ésta se acreditará aportando la documentación establecida en el Anexo II considerándose acreditada en la forma establecida en el mismo".*

Por su parte el Anexo II denominado *"Documentos que han de integrar el sobre C",* en su apartado número 3 *"Documentación acreditativa de la solvencia técnica"* establece que: *"Las empresas licitadoras deberán presentar:*
(…)
- Certificación vigente, al menos, UNE-EN ISO 9001 (Gestión de la Calidad), UNE-ISO/IEC 27001 (Gestión de Seguridad de la Información), UNE-ISO/IEC 20000 (Gestión de Servicios TI) y declaración de conformidad media con el ENS .
(…)"

En el presente asunto, consultada la documentación obrante en el expediente remitido, se ha podido comprobar que en el denominado sobre C , la adjudicataria SOLTEL adjunta, en lo que aquí interesa y como acreditación de la solvencia técnica, certificaciones conforme a las normas UNE-EN ISO 9001:2015, UNE-ISO/IEC 27001:2017, ISO/IEC 20000:2011, así como declaración de aplicabilidad ENS en la que se manifestaba lo siguiente: *"Que SOLTEL IT SOLUTIONS, S.L dispone de las adecuadas medidas técnicas y de seguridad de la información previstas en el Esquema Nacional de Seguridad, de conformidad con lo establecido en el nuevo Real Decreto 311/2022 de 3 de mayo, estando en proceso de certificación a nivel medio como se constata mediante certificado expedido por la*

empresa consultora responsable de su implantación". Adjuntando al efecto certificado en tales términos emitido por la entidad ASCENDIA.

La recurrente en su escrito de interposición se opone al acuerdo de adjudicación esgrimiendo al efecto, que la adjudicataria no acredita la certificación en ENS requerida en el PCAP; pero lo cierto es que tal certificación, como afirma el órgano de contratación, no es una exigencia del PCAP. En tal sentido cabe señalar que la entidad ICA defiende una interpretación de la citada cláusula mediante la que intenta adaptar lo que no dicen los pliegos al contenido invocado de la *"Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS",* y en concreto a la regulación dada a los sistemas de categoría MEDIA o ALTA que considera de aplicación al presente caso.

Por tanto la argumentación y fundamentación esgrimida en el recurso realmente supone una impugnación indirecta del contenido del pliego, concretamente del apartado 3 del Anexo II del PCAP, y es abundante la doctrina que sobre la impugnación indirecta de los pliegos tiene ya consolidada este Tribunal (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo, entre otras muchas). Conforme a la misma, la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *"pacta sunt servanda"* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos.

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad que afecte a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

Este es el criterio que, a *sensu contrario,* mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En el supuesto que ahora nos ocupa la contradicción puesta de manifiesto por la recurrente sobre los exactos términos de la citada cláusula del pliego, en concreto en cuanto a la exigencia de una declaración de conformidad *"media"* con el ENS, lo lleva a reinterpretar la mencionada cláusula; pero lo cierto es que, al margen del calificativo dado a la declaración, los términos de la misma son claros en cuanto a la forma de acreditación de la solvencia, que sin lugar a dudas se prevé mediante una declaración y no mediante certificación, como defiende la recurrente. Por tanto si la entidad ICA consideró que la regulación dada por el pliego a este apartado de acreditación de la solvencia técnica suponía una vulneración del contenido de la citada *"Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS",* pudo haber impugnado su contenido en el momento procedimental oportuno; pero concluido los plazos para ello y no habiendo hecho uso de tal posibilidad los pliegos se convierten en documentos firmes y definitivos que obligan a las partes.

Además cabe subrayar que la empresa pública adjunta a su informe una declaración de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad firmado por el Director gerente en el que expresamente se declara: *"Los sistemas de información y los servicios prestados, de categoría BÁSICA, han superado un proceso de autoevaluación*

conforme con las exigencias del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) en el ámbito de la Administración electrónica, según se indica en el correspondiente informe de 27 de Febrero de 2020, (...)". Por lo que de conformidad con lo alegado en el propio escrito de recurso y en el contenido de la citada *"Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS",* al tratarse de un sistema de categoría *"Básica"* deviene suficiente que los operadores que presten servicios o provean soluciones aporten una *"Declaración de Conformidad con el ENS".*

En consecuencia, este Tribunal considera que la acreditación de la solvencia técnica de la adjudicataria es conforme a las previsiones del clausulado del pliego, sin que proceda la exclusión de la entidad SOLTEL solicitada por la recurrente, por lo que debe desestimarse el recurso especial interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado "Servicios de asistencia técnica 24x7 de administración de sistemas informáticos y comunicaciones de los Centros de Procesos de Datos (Cpds) y las sedes de la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A.", (Expte. C101-04MH-0522-0035), promovido por la citada empresa pública que se encuentra adscrita a la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.