

Recurso nº 368/2024
Resolución nº 398/2024

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de octubre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de FACTUDATA XXI (en adelante FACTUDATA) contra el Acuerdo, de 14 de agosto de 2024, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón por el que se adjudica el contrato de “Servicio telefónico de atención al ciudadano 010” número de expediente 2024/PA/005, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 28 de mayo de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 263.986,78 euros y su plazo de duración será de dos años con posibilidad de prórroga por dos períodos consecutivos de un año de duración.

A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas, la recurrente.

Segundo. - Tramitado el procedimiento de licitación se adjudicó el contrato a OSVENTOS INNOVACIÓN EN SERVICIOS, S.L. (en adelante OSVENTOS).

Tercero. - El 11 de septiembre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FACTUDATA en el que solicita la exclusión de la adjudicataria y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 25 de septiembre de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de agosto de 2024, notificado el 28 de agosto e interpuesto el recurso el 11 de septiembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En sus alegaciones la recurrente expone lo siguiente:

...1. *Acreditación de habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.*

El artículo 65.2 de la LCSP dice:

“Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o

profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.

El epígrafe 10 del Anexo I del PCAP (Características del contrato) recoge:

“10.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

Procede: Sí.

Las soluciones y/o servicios que forman parte del objeto del presente contrato deben ser conformes con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad y poseer las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad. En este sentido, el contratista deberá estar en condiciones de exhibir la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad con, al menos, un nivel MEDIO, así como mantener la conformidad vigente durante la vigencia del contrato. El Ayuntamiento podrá solicitar en todo momento al contratista los correspondientes informes de Auditoría o documentación asociada, al objeto de verificar la adecuación e idoneidad con el objeto del contrato del Certificado de Conformidad...

Manifiesta que dichos pliegos no han sido recurridos, y por lo tanto, han devenido firmes y son *lex contractus* para las partes.

Al día de hoy, OSVENTOS no aparece como empresa certificada en el Esquema Nacional de Seguridad, de acuerdo a lo reflejado en la página del registro de las empresas certificadas del Centro Criptológico Nacional (Gobernanza de la Ciberseguridad Nacional <https://gobernanza.ccn-cert.cni.es/certificados>), y que en contestación a su solicitud, el órgano de contratación le remitió diversa documentación en relación con las empresas OSVENTOS Y ACTIVO TI, S.L. (TECSENS) que en modo alguno justifica la posesión por parte de OSVENTOS de la certificación

requerida.

Cita la Resolución 5/2024 de este Tribunal y la Resolución 77/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi para concluir que la habilitación empresarial exigida en el epígrafe 10 del Anexo I del PCAP tiene carácter personalísimo y por tanto no puede ser integrada por medios externos. Por ello, considera que OSVENTOS no cumple con el requisito de aptitud exigido pues el certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad presentado no corresponde a esa entidad, sino a ACTIVO TI, S.L.

Al respecto opone el órgano de contratación que la redacción del apartado 10 del Anexo I del PCAP reproduce exactamente la cláusula 3.1. del pliego de prescripciones técnicas: “*3.1 PRESTACIÓN DEL SERVICIO. Las soluciones y/o servicios que forman parte del objeto del presente contrato deben ser conformes con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad y poseer las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad. En este sentido, el contratista deberá estar en condiciones de exhibir la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad con, al menos, un nivel MEDIO, así como mantener la conformidad vigente durante la vigencia del contrato. El Ayuntamiento podrá solicitar en todo momento al contratista los correspondientes informes de Auditoría o documentación asociada, al objeto de verificar la adecuación e idoneidad con el objeto del contrato del Certificado de Conformidad. (...)*”.

Considera que de la dicción literal de ambas disposiciones no se desprende que la adjudicataria deba contar con la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad.

Lo que exige la cláusula del pliego técnico y del PCAP es que *”las soluciones y/o servicios que forman parte del objeto del presente contrato deben ser conformes con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad”*.

En relación con el artículo 65.2. de la LCSP dice que este artículo se refiere a la habilitación legal que, además de la capacidad de obrar, en algunos casos es necesaria para la realización de una actividad: por ejemplo, la autorización administrativa a una compañía aseguradora en los contratos de seguros, la autorización a las empresas instaladoras o de mantenimiento eléctricas, etc.

El objeto del contrato es un servicio de atención telefónica prestado por personal del contratista, para el que no existe norma alguna que exija una autorización o habilitación legal para poder desarrollar la actividad.

La cláusula 3.2.1.B. de Gestión de la Información, regula lo relativo a la solución informática disponiendo que forma parte del contrato el servicio de grabación de datos y actualización de la información en formularios web y en otros formatos similares, cumplimentación de impresos descargables a través de las aplicaciones informáticas designadas, así como la realización de las tareas asociadas necesarias para finalizar el trámite.

Por tanto, lo que exigen las cláusulas transcritas del pliego de prescripciones técnicas y del pliego de cláusulas administrativas particulares es que las soluciones (plataforma tecnológica y herramienta de software) necesarias para la prestación del servicio dispongan de la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad.

En apoyo de sus alegaciones cita el artículo 2, apartado tercero, del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad:

...Artículo 2. Ámbito de aplicación.

(...)

3. Este real decreto también se aplica a los sistemas de información de las entidades del sector privado, incluida la obligación de contar con la política de

seguridad a que se refiere el artículo 12, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable y en virtud de una relación contractual, presten servicios o provean soluciones a las entidades del sector público para el ejercicio por estas de sus competencias y potestades administrativas.

La política de seguridad a que se refiere el artículo 12 será aprobada en el caso de estas entidades por el órgano que ostente las máximas competencias ejecutivas.

Los pliegos de prescripciones administrativas o técnicas de los contratos que celebren las entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto contemplarán todos aquellos requisitos necesarios para asegurar la conformidad con el ENS de los sistemas de información en los que se sustenten los servicios prestados por los contratistas, tales como la presentación de las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad con el ENS.

Esta cautela se extenderá también a la cadena de suministro de dichos contratistas, en la medida que sea necesario y de acuerdo con los resultados del correspondiente análisis de riesgos...

En cumplimiento de lo anterior consta en el expediente declaración responsable de la adjudicataria en la que manifiesta: “que los servicios certificados (servicios de voz y cloud privado de TECSENS) se corresponde con los servicios ofertados por Osventos en su propuesta para el servicio de telefónico de atención al ciudadano 010 del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón”.

Consta igualmente el certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, nivel medio, emitido por IVAC INSTITUTO DE CERTIFICACIÓN, S.L. de fecha 17 de marzo de 2023, a nombre de ACTIVO TI, S.L. (TECSENS) para el Sistema de información que da soporte a los servicios de voz y Cloud privado de Tecsen, con

fecha de validez hasta el 5 de noviembre de 2024.

Por tanto, este órgano de contratación dentro sus competencias ha determinado que los sistemas de información en los que se va a sustentar la prestación del servicio deben cumplir con el ENS nivel medio, aportando el propuesto como adjudicatario la certificación del correspondiente sistema de información. Dando cumplimiento además a la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENE, aprobada por Resolución de 13 de octubre de 2016 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

Así concluye:

- Para el ejercicio de la actividad de servicio de atención telefónica no se precisa ninguna habilitación legal, ni siquiera la certificación de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad.
- Los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas han exigido la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad respecto de la solución (plataforma tecnológica y herramienta de software) necesaria para la prestación del servicio.
- La adjudicataria ha presentado el certificado de conformidad con el ENS de la aplicación TECSENS que utilizará para la prestación del servicio.

Por su parte el adjudicatario alega que en la presente licitación no está prohibida la subcontratación por lo que procedió a subcontratar parte del objeto de la prestación (concretamente, los de la solución técnica de software que da soporte al servicio) a la empresa ACTIVO, TI, S.L. (señalando como suministradora “subsidiaria A ALISYS DIGITAL, S.L.U,) y así lo indicó en sus escritos de 26 de julio de 2022, en contestación al requerimiento de subsanación de documentación del Ayuntamiento de Pozuelo. Esta empresa cuenta con certificación de conformidad con el ENS para el

“sistema de información que da soporte a los servicios de voz y Cloud privado de Tecsens” y la contratación permite a mi representada cumplir, con lo exigido en el pliego y estar en condiciones de exhibir la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad con, al menos, un nivel MEDIO, respecto de las soluciones técnicas ofertadas en la propuesta de plataforma tecnológica y herramienta de software CRM para la prestación del servicio.

Cita el informe 6/2010, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid y la Resolución 037/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para concluir que la habilitación legal o profesional se puede acreditar a través de un tercero siempre que no exista prohibición de concertar con terceros las prestaciones.

Aquí el PCAP no prohíbe contratar con terceros parte de las prestación, aunque en este caso, ni prestaciones son, como mucho un soporte técnico para las mismas, o en la terminología empleada “soluciones y/o servicios que forman parte del objeto del presente contrato” ni exigencia de que sea personalmente de que el licitador debiera ser desarrollador del software o propietario del mismo.

En relación con las Resoluciones citadas por la recurrente opone que no son asimilables al presente caso pues todas responden a un patrón que es un requisito de carácter subjetivo consistente en la inscripción de la licitadora en un determinado registro oficial.

Sin embargo, aquí no se puede aseverar que la habilitación empresarial exigida en el PCAP tenga carácter personalísimo en atención al objeto del contrato que es el servicio de atención telefónico al ciudadano, además de que un análisis del PPT sostiene que lo que hacen es desarrollar o complementar lo dispuesto en el artículo 2.3. de la Resolución de 31 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuye el número 010 al servicio de información de las Administraciones Locales, en virtud del

cual, el “conjunto mínimo de prestaciones ofrecidas al usuario llamante” es el siguiente:

- 3.1 *Información sobre los servicios prestados por el municipio y su descripción.*
- 3.2 *Atención de consultas sobre el acceso al estado de la tramitación de expedientes.*
- 3.3 *Información sobre la presentación de quejas o reclamaciones y recepción de sugerencias.*
- 3.4 *Información general sobre el tratamiento administrativo de las cuestiones que se planteen.*
- 3.5 *Recepción de avisos sobre incidencias en el funcionamiento de los servicios de información.*
- 3.6 *Información sobre la organización, competencias, dirección y, en su caso, números telefónicos de todas las unidades administrativas de la entidad local prestataria del servicio.*

Como se puede observar la mayor parte relacionados con la atención telefónica, siendo las soluciones técnicas ofrecidas, un soporte o elemento auxiliar del mismo, siendo las soluciones de software (esto es, “un objeto” no un “sujeto”, no “la licitadora”, no “la adjudicataria”) las que deben ser conformes con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad y poseer las correspondientes certificaciones”. La solución aportada por OSVENTOS, contratado a ACTIVO TI, S.L. cumple tal requisito.

Vistas las posiciones de las partes, es preciso recordar que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la

aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Como señalábamos en nuestra reciente Resolución 5/2024, de 11 de enero de 2024: “*La habilitación empresarial es un requisito de aptitud legal de los licitadores relacionado con el objeto del contrato y su funcionalidad deriva de que las entidades del sector público no contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar una actividad empresarial. Es un requisito de aptitud distinto a la solvencia y que, al contrario que ésta, no cabe integrarlo con medios externos, siendo un requisito personalísimo.*”

El órgano de contratación refiere que la redacción del apartado relativo a la habilitación profesional reproduce exactamente la cláusula 3.1. de PPT. Sin embargo, lo cierto es que el PCAP es claro al exigir una determinada habilitación, como es el Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad.

No cabe la distinción realizada por la adjudicataria de que en unos casos la habilitación es personalísima por exigirse la inscripción en un registro y no cuando se exige una certificación.

A mayor abundamiento señalar que, a pesar de que la adjudicataria defiende su posición en que ha subcontratado con un tercero, no consta en el DEUC la intención de subcontratar, ni tampoco en su oferta.

Pues bien, considerando que la habilitación empresarial o profesional es un requisito personalísimo y que la adjudicataria no consta como empresa certificada en

el Esquema Nacional de Seguridad se estima el recurso, anulando la adjudicación por no cumplir con la habilitación exigida en el PCAP:

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de FACTUDATA XXI contra el Acuerdo, de 14 de agosto de 2024, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón por el que se adjudica el contrato de “Servicio telefónico de atención al ciudadano 010” número de expediente 2024/PA/005.

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.