

## CONSULTA

### Subsanación de firma digital en licitación electrónica

 **CONTRATACIÓN** 29/11/2021

En una licitación electrónica, ocurre lo siguiente:

- 1) Empresa presenta oferta electrónica a través de la plataforma de contratación del sector público (PCSP), con firma según indican válida.
- 2) En el período que transcurre entre la presentación de la oferta y la apertura de los sobres, solicitan una nueva firma del representante, por lo que la primera queda revocada.
- 3) Cuando se procede a la apertura de la documentación, la PCSP "canta" la existencia de un problema con la firma, y una vez cotejada la misma a través de la plataforma válida del Ministerio, se indica que la firma no es válida por estar revocada.
- 4) Se procede a requerir a la empresa la subsanación de esa documentación y a la aportación de dos formularios que no se habían presentado inicialmente con el siguiente resultado:
  - Los dos formularios nuevos los presentan correctamente con firma que al validarse es válida.
  - El resto de documentos se presentan con la firma revocada.
- 5) Ante estas deficiencias, y considerando que no puede volver a solicitarse subsanación, se procede a la exclusión de la empresa.
- 6) Por la empresa excluida se solicita que se pretende que se otorgue validez a la firma inicial, al considerar que la misma se hizo correctamente.

Teniendo dudas al respecto, solicitamos que indiquen su opinión y si, en su caso, existe algún criterio de la Junta de Contratación o similar.

## RESOLUCIÓN

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) exige declaración responsable del firmante de la oferta de ostentar la representación de la empresa que presenta la oferta:

*«La presentación de la oferta exigirá la declaración responsable del firmante respecto a ostentar la representación de la sociedad que presenta la oferta; a contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente; a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad; a no estar incurso en prohibición de contratar alguna; y se pronunciará sobre la existencia del compromiso a que se refiere el artículo 75.2. A tales efectos, el modelo de oferta que figure como anexo al pliego recogerá esa declaración responsable».*

A su vez, el artículo 141 de la LCSP posibilita la subsanación de la llamada documentación administrativa:

*«Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del apartado 4 del artículo 159.*

*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».***

De estos dos preceptos extraemos las conclusiones tanto de que la documentación y la oferta deben ser firmadas por quien ostenta la representación o titularidad de la empresa ofertante; así como la posibilidad que los defectos subsanables sean subsanados mediante el otorgamiento del correspondiente plazo para ello.

A los efectos de posibles subsanaciones debemos en primer término conocer qué defectos son subsanable y cuáles no. A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCA), en su informe 36/04, de 7 de junio de 2004, se pronuncia de la siguiente manera:

***«Es a través de este trámite de subsanación de defectos, donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto su doctrina en orden a los defectos de apoderamiento en la constitución de garantías provisionales en la contratación administrativa (fianzas en la terminología de la legislación anterior) basándose en el criterio de que los defectos de apoderamiento son, en términos generales, subsanables y ligando esta posibilidad a la necesidad de no infringir el principio básico de la contratación administrativa de libre concurrencia a través del rechazo de proposiciones por defectos formales de apoderamiento lo que puede ser evitado con aplicación de los trámites de subsanación.»***

También debemos observar el informe 47/2009 del mismo órgano consultivo, en el cual se afirma que ***«puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable».***

A su vez, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de noviembre de 1973, establece que, si bien las formas de la contratación pública son ineludibles, *«de tales doctrinas no puede hacerse un dogma jurídico de tal rigidez, que la contratación administrativa se transforme en una actuación de estilo obligado, hasta el extremo de que la más mínima infracción u omisión representa la inexistencia o la nulidad absoluta y radical del contrato».*

Por último, el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de febrero de 1984, expresa que ***«en principio, la representación se presume y, de existir dudas... la solución no debió ser la de eliminar como licitadora a tal empresa, en perjuicio de los intereses públicos, sino la de procurar la clarificación del problema, ya que, como regla, los defectos de representación son subsanables».***

Tras el análisis de estos pronunciamientos, extraemos que:

- Primero, no puede subsanarse aquello que no existe, por lo que **una subsanación no puede implicar una modificación ni de los documentos exigidos ni de la oferta presentada por el licitador**; es decir, el error subsanable es el que radica en la acreditación de un requisito, no pudiendo considerarse como tal la falta de este.
- Y segundo, concretamente la **falta de firma** es considerada tanto por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como por el Tribunal Supremo **defecto subsanable que en ningún caso puede suponer de primeras la exclusión del licitador**.

Por lo tanto, vemos que su Administración actuó correctamente al requerir la subsanación de error observado sobre la revocación de firmas. La duda consiste, por tanto, en si la exclusión del contratista es correcta ante la persistencia de firmas revocadas en alguno de los documentos presentados.

De gran relevancia para la cuestión planteada resulta la resolución 819/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). En la misma, se examina una situación de gran similitud con el caso sometido a consulta. Habiéndose detectado un error en la firma de la documentación administrativa presentada por los licitadores, la cual se encontraba revocada. La mesa de contratación requirió igualmente su subsanación en un plazo de tres días, tras el cual la mesa consideró incorrecta la subsanación, motivo por el cual se excluyó al licitador, interponiéndose por éste el correspondiente recurso especial en materia de contratación. En esta resolución, el Tribunal afirma lo siguiente:

■

«Por su parte, la falta de firma de los representantes de las empresas licitadores se ha calificado por este Tribunal como defecto subsanable. Así se califica en la Resolución 372/2018, de 13 de abril... **Nos encontramos, pues, en este caso ante un defecto formal de la proposición económica, que el Tribunal Supremo ha considerado subsanable** (Sentencias de la Sala III, de 6 de julio de 2004 STS 4839/2004, y de 21 de septiembre de 2004-Roj STS 5838/2004). Así lo ha considerado también la Audiencia Nacional, en Sentencia de 9 de enero de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (citada en nuestra Resolución 1091/2015), que en su fundamento de derecho segundo indica que: “El Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de julio de 2007 (recurso 265/2003), para la unificación de la doctrina, se pronunció sobre la subsanabilidad del defecto de firma en las ofertas económicas por parte de las Mesa de Contratación señalando lo siguiente: QUINTO: Tales precisiones, según se infiere del análisis de las tres últimas sentencias, forman un cuerpo de doctrina consolidado en la doctrina jurisprudencial de esta Sala que es coherente con el criterio de la subsanabilidad, que en este caso resulta de directa incidencia ante la falta de la firma de la proposición económica, según se infiere del análisis del acta 4/2001 de la Mesa de Contratación. El artículo 101, párrafo segundo, inciso segundo, del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre (redactado conforme al Real Decreto 2.528/1986, de 28 de noviembre), establece que si la Mesa observare defectos materiales en la documentación presentada podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error. En el caso examinado, no existe un defecto sustancial de falta de presentación de la proposición económica, la omisión de firma es subsanable y no se puso de manifiesto a la Mesa de Contratación en el momento del examen y calificación de la documentación presentada por las empresas que tomaban parte en el concurso. Al no conceder un plazo de tres días para la subsanación del defecto la Mesa infringió lo prevenido en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado. El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995. En todo caso, la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación, como establece el artículo 101 del Reglamento General de Contratación. La frase “si lo estima conveniente”, contenida en el indicado precepto, debemos referirla a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos...”

(...) En consecuencia, debe estimarse el recurso para que, con retroacción de actuaciones, se conceda a las empresas integrantes de la UTE recurrente la posibilidad de subsanar la falta de firmas en la oferta económica presentada, bien mediante la firma de dicha proposición, bien mediante su ratificación».

Es decir, coincide, como hemos expuesto antes, que un error en la firma debe ser considerado como subsanable. En cuanto al pronunciamiento sobre la controversia concreta, es decir, la expulsión de un licitador por un error en la firma, el TACRC en la referenciada Resolución afirma lo siguiente:

**«Pues bien, en nuestro caso concreto, al tratarse de una licitación electrónica, no es que no hubiese o no se firmase oferta o cierta documentación aportada, sino que el sistema indicó error en la firma de uno de los miembros de la UTE licitadora porque el certificado de firma electrónica había caducado. Pues bien, en tal caso, al igual que ocurre en los procedimientos presenciales o en papel, la falta de firma, sea porque no se ha efectuado, sea por que ha caducado el certificado de firma electrónica, estamos ante un defecto subsanable que como tal siempre ha de subsanarse en el plazo concedido y, por ello, siempre será posterior a la fecha límite de presentación de proposiciones. En nuestro caso, lo que hay que subsanar y tiene carácter sustantivo es la falta de firma, que sí se subsanó por la recurrente. El hecho de que la firma electrónica requiera un certificado que la otorgue y esté vigente es meramente instrumental para posibilitar por vía digital el requisito sustantivo, que es la firma en sí, el acto de firmar. Por tanto, si la firma se ha efectuado en plazo de subsanación en el que se ha otorgado el certificado que permite su realización electrónica, el defecto queda subsanado y, por supuesto, siempre fuera del plazo de presentación de ofertas, porque eso resulta que el defecto sea subsanable tras la calificación de la mesa de contratación. En consecuencia, procede estimar el recurso, anular los actos de exclusión recurridos y retrotraer los procedimientos al momento anterior a la exclusión».**

Por lo tanto, a juicio del TACRC no podría excluirse al licitador porque la firma se encuentre revocada, estimando que dicho error es meramente instrumental, siendo la presencia o no de la firma el verdadero requisito sustantivo.

Por último, y a modo de comprensión del sentido de la revocación de la firma electrónica, debemos tener en consideración lo dispuesto precisamente sobre revocación de firma en el artículo 5.1 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza:

«Artículo 5. Revocación y suspensión de los certificados electrónicos.

**1. Los prestadores de servicios electrónicos de confianza extinguirán la vigencia de los certificados electrónicos mediante revocación en los siguientes supuestos:**

a) Solicitud formulada por el firmante, la persona física o jurídica representada por este, un tercero autorizado, el creador del sello o el titular del certificado de autenticación de sitio web.

b) Violación o puesta en peligro del secreto de los datos de creación de firma o de sello, o del prestador de servicios de confianza, o de autenticación de sitio web, o utilización indebida de dichos datos por un tercero.

c) Resolución judicial o administrativa que lo ordene.

d) Fallecimiento del firmante; capacidad modificada judicialmente sobrevenida, total o parcial, del firmante; extinción de la personalidad jurídica o disolución del creador del sello en el caso de tratarse de una entidad sin personalidad jurídica, y cambio o pérdida de control sobre el nombre de dominio en el supuesto de un certificado de autenticación de sitio web.

e) **Terminación de la representación en los certificados electrónicos con atributo de representante.**

En este caso, tanto el representante como la persona o entidad representada están obligados a solicitar la revocación de la vigencia del certificado en cuanto se produzca la modificación o extinción de la citada relación de representación.

f) Cese en la actividad del prestador de servicios de confianza salvo que la gestión de los certificados electrónicos expedidos por aquel sea transferida a otro prestador de servicios de confianza.

g) Descubrimiento de la falsedad o inexactitud de los datos aportados para la expedición del certificado y que consten en él, o alteración posterior de las circunstancias verificadas para la expedición del certificado, como las relativas al cargo.

h) En caso de que se advierta que los mecanismos criptográficos utilizados para la generación de los certificados no cumplen los estándares de seguridad mínimos necesarios para garantizar su seguridad.

i) *Cualquier otra causa lícita prevista en la declaración de prácticas del servicio de confianza.»*

Desconocemos la causa de entre las establecidas en el anterior precepto que motivó la revocación de dicha firma, pero en todo caso cuando el licitador en cuestión, tras el trámite de subsanación, subsana uno de los documentos y en otros persiste la firma revocada no nos encontramos ante la total subsanación de error observado.

Es cierto que ni el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por el RD 1098/2001 ni la propia LCSP contemplan un segundo trámite de subsanación por muy antiformalista que sea considerado el procedimiento de la contratación pública. Ahora bien, la situación de hecho es bien distinta, por cuanto el licitador insta a que se otorgue validez a la firma inicial, al considerar que la misma se hizo correctamente. Pues bien, no ya en trámite de subsanación, por cuanto éste ya ha concluido con el resultado expuesto, sino que ante esta solicitud el licitador deberá acreditar fehacientemente la validez de tal firma que, en principio, parece que estaba revocada. No corresponde a la Mesa de Contratación certificar o acreditar la validez de las firmas, sino sólo su cotejo; correspondiendo, como hemos dicho, al licitador acreditar la validez de las mismas. Ya ante la acreditación de la validez de las firmas podrá ser admitido este licitador y, por contra, excluido en el supuesto de no poder acreditar la efectiva validez de aquellas.

En todo caso, si el acuerdo adoptado fuese de exclusión del licitador por falta de acreditación de la validez de firma, siempre tendrá abierta la vía de recurso contra tal exclusión.

## CONCLUSIONES

**Primera.** La Mesa de Contratación, según lo establecido en el artículo 141 de la LCSP, deberá **requerir la corrección de defectos subsanables que ésta aprecie, otorgando para ello un plazo de tres días.**

**Segunda.** De acuerdo tanto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y pronunciamientos de órganos consultivos y Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, un defecto es **subsanable** cuando **dicho error se encuentra en la acreditación, no en la inexistencia de un requisito previo. Considerándose subsanable tanto la falta de firma como los defectos en la misma.**

**Tercera.** Teniendo en cuenta especialmente la resolución 819/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, **el defecto en la firma electrónica (concretamente el encontrarse revocada), no es motivo suficiente para la exclusión** del contratista, aun cuando a este se le requiriese anteriormente la subsanación de dicha firma, puesto que ese error es meramente instrumental motivado por el formato digital en el que se presenta, constando correctamente el requisito sustancial que es la firma en sí.

**Cuarta.** Llevado acabo el trámite de subsanación y **persistiendo, al parecer, errores en las firmas y ante la petición del licitador de considerar válidas las firmas iniciales, no corresponde a la Mesa de Contratación certificar o acreditar la validez de las firmas, sino sólo su cotejo; correspondiendo al licitador acreditar la validez** de las mismas, por lo que **deberá ser requerido por la Mesa de Contratación a los efectos de tal acreditación.** En su caso, **ante la acreditación de la validez de las firmas aportada por el licitador podrá ser admitido; por contra, será excluido en el supuesto de no poder acreditar la efectiva validez de dichas firmas.**

Si el acuerdo adoptado fuese de exclusión del licitador por falta de acreditación de la validez de firma, no se produce indefensión por cuanto siempre tendrá abierta la vía de recurso contra tal exclusión.

Salvo mejor criterio fundado en Derecho.