

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (COMISIÓN PERMANENTE)

INFORME 12/2020

Asunto: Consecuencias para las empresas licitadoras de la falta de acreditación del cumplimiento de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad

ANTECEDENTES DE HECHO

I. Desde el Ayuntamiento de Quart se ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las consecuencias para las empresas licitadoras de no acreditar el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad.

En el escrito de petición de informe se señala que la Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, determina que “cuando los operadores del sector privado presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas, a los que resulte exigible el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad, deberán estar en condiciones de exhibir la correspondiente Declaración de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, cuando se trate de sistemas de categoría BÁSICA, o la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, cuando se trate de sistemas de categorías MEDIA o ALTA, utilizando los mismos procedimientos que los exigidos en esta Instrucción Técnica de Seguridad para las entidades públicas”.

En este sentido, se plantean, en concreto, las siguientes cuestiones: “En el marco de una licitación (servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado) en la que se gestionan datos de carácter personal, si el licitador no acredita el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad, ¿que consecuencias comportaría sobre el licitador? ¿Se trataría de un requisito subsanable o no subsanable? ¿Bastaría con una declaración de responsable?

¿Comportaría la exclusión del licitador”?

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación pública, le sometan, entre otras, las entidades que integran la Administración local en Cataluña. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la

Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Para dar respuesta a las cuestiones planteadas sobre las consecuencias que tiene que comportar para las empresas licitadoras la no acreditación del cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad (ENTE), se considera conveniente iniciar el análisis señalando que de conformidad con el artículo 156 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), el ENS “tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la presente Ley, y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada”.¹

Asimismo, en el artículo 46.3 de la LRJSP, relativo al archivo electrónico de documentos, también se hace referencia al ENS al establecer que “los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados”, y que “en particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos, así como la recuperación y conservación a largo plazo de los documentos electrónicos producidos por las Administraciones Públicas que así lo requieran, de acuerdo con las especificaciones sobre el ciclo de vida de los servicios y sistemas utilizados”.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, vincula la seguridad de los datos personales con las medidas del ENS en su disposición adicional primera.²

El Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, que se aplica a la Administración General del Estado, las Administraciones

¹ Ya en el artículo 42 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, actualmente derogada, se disponía, en unos términos muy similares, que “el Esquema Nacional de Seguridad tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la presente Ley, y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que permitan una protección adecuada de la información”.

² Esta disposición adicional, relativa a “medidas de seguridad en el ámbito del sector público”, dispone literalmente que “el Esquema Nacional de Seguridad incluirá las medidas que deban implantarse en caso de tratamiento de datos personales para evitar su pérdida, alteración o acceso no autorizado, adaptando los criterios de determinación del riesgo en el tratamiento de los datos a lo establecido en el artículo 32 del Reglamento (UE) 2016/679”; que los responsables –establecidos en el artículo 77.1 de esta Ley Orgánica 3/2018, entre otros, las entidades que integran la Administración Local– deberán aplicar a los tratamientos de datos personales las medidas de seguridad que correspondan de las previstas en el ENS, así como impulsar un grado de implementación de medidas equivalentes en las empresas o fundaciones vinculadas; y que “en los casos en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, las medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad.”

de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional, prevé en el artículo 29 que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (actualmente, Ministerio de Política Territorial y Función Pública), a propuesta del Comité Sectorial de Administración Electrónica (actualmente, Comisión Sectorial de Administración Electrónica, de acuerdo con la disposición adicional novena de la LRJSP) previsto en el artículo 40 de la Ley 11/2007, de 22 de junio –actualmente derogada, como se ha indicado– y a iniciativa del Centro Criptológico Nacional, aprobará las instrucciones técnicas de seguridad de obligado cumplimiento, las cuales se publicarán mediante resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, y tendrán en cuenta las normas armonizadas a nivel europeo que resulten de aplicación.

Además, la disposición adicional cuarta de este Real decreto 3/2010, relativa al desarrollo del ENS, prevé que, sin perjuicio de las propuestas que pueda acordar la Comisión Sectorial de Administración Electrónica de acuerdo con lo establecido en el mencionado artículo 29, se desarrollarán las instrucciones técnicas de seguridad que prevé la misma disposición adicional –que serán de obligado cumplimiento por parte de las Administraciones públicas–, entre las que hay que destacar la de “Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad”.

Así, mediante la Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, se aprobó la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS, que tiene por objeto establecer los procedimientos para dar publicidad a la conformidad con el ENS, así como los requisitos exigibles a las entidades certificadoras, y es de aplicación a los sistemas de información de las entidades públicas incluidas en el ámbito de aplicación del mencionado Real Decreto 3/2010.³

En el apartado VII de esta Instrucción Técnica, relativo a soluciones y servicios prestados por el sector privado y al que se hace mención en el escrito de petición de informe, se establece que “cuando los operadores del sector privado presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas, a los que resulte exigible el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad, deberán estar en condiciones de exhibir la correspondiente Declaración de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, cuando se trate de sistemas de categoría BÁSICA, o la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, cuando se trate de sistemas de categorías MEDIA o ALTA, utilizando los mismos procedimientos que los exigidos en esta Instrucción Técnica de Seguridad para las entidades públicas”, y que “es responsabilidad de las entidades públicas contratantes notificar a los operadores del sector privado que participen en la provisión de soluciones tecnológicas o la prestación de servicios, la obligación de que tales soluciones o servicios sean conformes con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad y posean las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad, según lo señalado en la presente Instrucción Técnica de Seguridad”.

³ Tal como se señala en su Preámbulo, “dichas instrucciones técnicas de seguridad son esenciales para lograr una adecuada, homogénea y coherente implantación de los requisitos y medidas recogidos en el Esquema”, y “se desarrollarán y perfeccionarán a lo largo del tiempo, en paralelo al progreso de los servicios de Administración electrónica, las infraestructuras que los apoyan, la evolución tecnológica y los riesgos derivados de operar en el ciberespacio”.

Respecto al ámbito de aplicación objetivo del ENS hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el preámbulo del Real Decreto 3/2010, “la finalidad del Esquema Nacional de Seguridad es la creación de las condiciones necesarias de confianza en el uso de los medios electrónicos, a través de medidas para garantizar la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones, y los servicios electrónicos, que permita a los ciudadanos y a las Administraciones públicas, el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes a través de estos medios”; que de conformidad con el artículo 1 de este Real Decreto 3/2010, el ENS “será aplicado por las Administraciones públicas para asegurar el acceso, integridad, disponibilidad, autenticidad, confidencialidad, trazabilidad y conservación de los datos, informaciones y servicios utilizados en medios electrónicos que gestionen en el ejercicio de sus competencias”; y que en el artículo 30, relativo a los sistemas de información no afectados, dispone que las administraciones públicas podrán determinar los sistemas de información a los que no les sea aplicable, si se trata de sistemas no relacionados con el ejercicio derechos ni con el cumplimiento de deberes por medios electrónicos ni con el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo.⁴

En definitiva, el ENS “persigue fundamentar la confianza en que los sistemas de información prestarán sus servicios y custodiarán la información de acuerdo con sus especificaciones funcionales, sin interrupciones o modificaciones fuera de control, y sin que la información pueda llegar al conocimiento de personas no autorizadas” –en palabras del preámbulo del Real Decreto 3/2010– y se aplica a sistemas, datos, comunicaciones y servicios electrónicos que gestionan las Administraciones Públicas –o, en su caso, operadores que presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas– en el ejercicio de sus competencias o funciones.

II. Una vez referenciada la normativa reguladora del ENS y su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, en la medida en que las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Quart hacen referencia a la acreditación del cumplimiento del ENS, se considera necesario analizar los procedimientos de determinación de la conformidad con el ENS y los requisitos exigibles a las entidades certificadoras, los cuales, tal como se ha señalado en la consideración jurídica anterior, constituyen el objeto de la Resolución de 13 de octubre de 2016, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS, ya mencionada.⁵

Respecto a los procedimientos de determinación de la conformidad con el ENS, en el apartado III de esta

⁴ De acuerdo con el documento de preguntas frecuentes del ENS, como regla general, se puede afirmar que el ENS es de aplicación a sedes electrónicas, registros electrónicos, sistemas de información accesibles electrónicamente por los ciudadanos, sistemas de información para el ejercicio de derechos, sistemas de información para el cumplimiento de deberes, y sistemas de información para recabar información y estado del procedimiento administrativo.

⁵ En el preámbulo se señala que esta Instrucción “establece los criterios y procedimientos para la determinación de la conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad y para la publicidad de dicha conformidad, al objeto de poder dar adecuada respuesta al mandato del Capítulo VIII, Normas de conformidad, del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero; así, determina los mecanismos de obtención y ulterior publicidad de las declaraciones de conformidad y los distintivos de seguridad de los que sean acreedores y que se hubieren obtenido respecto al cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad”. Cabe destacar que el artículo 41 del Real Decreto 3/2010, contenido en aquel Capítulo VIII, dispone que “los órganos y Entidades de Derecho Público darán publicidad en las correspondientes sedes electrónicas a las declaraciones de conformidad, y a los distintivos de seguridad de los que sean acreedores, obtenidos respecto al cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad.”

Instrucción Técnica se indica que se define en función de la categoría de los sistemas de información⁶ del ámbito de aplicación del ENS, y, en este sentido, los artículos 43 y 44 del Real Decreto 3/2010 establecen, respectivamente, que la determinación de la categoría de los sistemas de información se efectúa en función de la valoración del impacto que tendría un incidente que afectara a la seguridad de la información o de los servicios con perjuicio para la disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad o trazabilidad, como dimensiones de seguridad; y que esta facultad de determinación corresponde al responsable del sistema.

Así, hay que tener en cuenta que los sistemas de “categoría básica” solo requieren para su declaración de la conformidad de una autoevaluación que, con carácter ordinario, verifique el cumplimiento de los requerimientos previstos en el ENS, al menos cada dos años, y que esta autoevaluación puede ser desarrollada por el mismo personal que administra el sistema de información o en quién éste delegue. El apartado IV de la Instrucción Técnica de Seguridad establece que “la Declaración de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de sistemas de categoría BÁSICA o inferior será expedida por la propia entidad bajo cuya responsabilidad se encuentren dichos sistemas, y se completará mediante un Distintivo de Declaración de Conformidad cuyo uso estará condicionado a la antedicha Declaración de Conformidad”.

Por su parte, los sistemas de “categoría media o alta” requieren para su certificación de conformidad una auditoría formal que, con carácter ordinario, también verifique el cumplimiento de los requerimientos previstos al ENS, al menos cada dos años. De conformidad con el apartado V de la Instrucción Técnica de Seguridad, esta certificación debe ser expedida por una entidad certificadora y se completará mediante un Distintivo de Certificación de Conformidad, cuyo uso está condicionado a dicha certificación de conformidad.

Además, en el apartado III de la Instrucción Técnica de Seguridad se dispone que “siendo obligatoria la auditoría formal para los sistemas de categoría MEDIA Y ALTA nada impide que un sistema de categoría BÁSICA se someta igualmente a una auditoría formal de certificación de la conformidad, siendo esta posibilidad siempre la deseable”.

Por tanto, la declaración de la conformidad con el ENS de los sistemas de información con categoría básica o inferior puede ser expedida por la misma entidad bajo cuya responsabilidad se encuentren estos sistemas, mientras que la certificación de la conformidad de los sistemas de información con categoría media o alta debe ser expedida por una entidad certificadora, la cual debe estar acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) para la certificación de sistemas del ámbito de aplicación del ENTE conforme a la norma “UNE-EN ISO/IEC 17065:2012 Evaluación de la conformidad. Requisitos para organismos que certifican productos, procesos y servicios”.⁶

Conviene traer a colación en este punto la Resolución nº 159/2018, de 16 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la cual se cuestiona la valoración dada a la

⁶ El Centro Criptológico Nacional mantiene en su sede electrónica una relación actualizada de las Entidades de Certificación, acreditadas o en vías de acreditación, para expedir certificaciones de conformidad con el ENS.

empresa propuesta como adjudicataria en cuanto al certificado relativo el ENS, por el hecho de no haber aportado un certificado expedido por una entidad certificadora acreditada por un organismo público, tal como exigía el pliego, sino una declaración responsable de la misma licitadora. El Tribunal, después de recordar que el pliego valoraba como criterio de adjudicación el “Certificado de adecuación al esquema de seguridad (ENS) en la gestión y desarrollo de acuerdo con la Resolución de 13 de octubre de 2016, (...), expedida por una entidad certificadora acreditada por organismo público”, de manera que la empresa no cumplía el segundo requisito porque presentó una declaración del contenido de la autoevaluación realizada por ella misma, afirma que “difícilmente puede ser considerado como medio de prueba equivalente al certificado emitido por un tercero independiente una declaración de parte”.

En este sentido, y dado que, cuando los operadores privados presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas a los que resulte exigible el cumplimiento del ENS, deben estar en condiciones de exhibir la Declaración o Certificación de Conformidad correspondiente, dependiendo de si se trata de sistemas de “categoría básica” o de “categorías media o alta”, hay que tener en cuenta que, de conformidad con el apartado VII de la Instrucción Técnica de Seguridad, los operadores del sector privado deben utilizar los mismos modelos documentales para las Declaraciones, las Certificaciones o los Distintivos de Conformidad, sustituyendo las referencias a las entidades públicas por las correspondientes a las entidades privadas y “análogamente, los Distintivos de Conformidad, cuando se exhiban por parte de dichos operadores privados, deberán enlazar con las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad, que permanecerán siempre accesibles en la página electrónica del operador de que se trate”.⁷

Por tanto, la determinación de la conformidad con el ENS se establecerá en función de la categoría de los sistemas de información –básica, media o alta–, que depende de los servicios que presten o de los productos que provean los operadores privados. Así, los operadores privados que presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas deben utilizar el mismo modelo utilizado por estas entidades públicas tanto para la Declaración de Conformidad con el ENS, en el caso de sistemas de “categoría básica”, como para la Certificación de Conformidad, en el caso de sistemas de “categorías media o alta”, debiéndose expedir esta Certificación por una entidad certificadora que cumpla los requisitos señalados que establece la Instrucción Técnica de Seguridad.

III. Para determinar cuáles deben ser las consecuencias de la falta de acreditación del cumplimiento del ENS por parte de las empresas licitadoras y, en concreto, si dicha acreditación debe considerarse un requisito subsanable, si es suficiente efectuarla mediante una declaración responsable y si la falta de acreditación puede comportar la exclusión, hay que hacer referencia a cómo se debe incluir en los pliegos de las licitaciones de los contratos del sector público, en su caso y de conformidad con lo que se ha señalado en las consideraciones jurídicas anteriores, la exigencia de la conformidad con el ENS.

⁷ También, se señala que “además del Centro Criptológico Nacional y la Entidad Nacional de Acreditación, las entidades públicas usuarias de soluciones o servicios provistos o prestados por organizaciones del sector privado que exhiban una Declaración o Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad podrán solicitar en todo momento a tales operadores los Informes de Autoevaluación o Auditoría correspondientes, al objeto de verificar la adecuación e idoneidad de las antedichas manifestaciones”.

En este sentido, se considera procedente, en los casos en que resulte exigible el cumplimiento del ENS para el servicio o la solución tecnológica que la entidad del sector público tenga que contratar, incluir dicha exigencia en los pliegos respectivos, bien como prescripción técnica, bien como obligación de la empresa contratista, exigiendo la Declaración de Conformidad con el ENS –autoevaluación– o la Certificación de Conformidad con el ENS –auditoría por parte de una empresa certificadora–, en función de si se trata de sistemas de categoría básica o de sistemas de categorías media o alta, o bien un compromiso de futuro de disponer de una o la otra, en caso de convertirse en contratista y en ejecución del contrato.

Así, el cumplimiento de conformidad con el ENS se puede exigir como prescripción, en la medida en que se trata de un requisito que define las características mínimas exigidas de un producto o de un servicio, de manera que, como requisito mínimo que deben cumplir las ofertas de las empresas licitadoras en los procedimientos que resulte procedente, estas lo deben cumplir para poder optar a convertirse en adjudicatarias del contrato.⁸

En todo caso, tanto si la obligación de acreditación de la conformidad con el ENS se establece en los pliegos como prescripción o como obligación de las empresas licitadoras de cumplimiento futuro, hay que recordar que, de conformidad con el artículo 139 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), la presentación de oferta implica la aceptación incondicionada de todas y cada una de las obligaciones establecidas en los pliegos.⁹

Además, en los casos en que, dado el objeto del contrato, se requiera que las empresas estén en condiciones de acreditar el cumplimiento con el ENS –por tratarse, por ejemplo, de la adquisición de una solución tecnológica ya construida– éstas podrían presentar, en fase de licitación, bien la documentación acreditativa de su cumplimiento o bien una declaración responsable en este sentido, teniendo que aportar dicha documentación en el momento de resultar adjudicatarias, si se da el caso. La falta de aportación de dicha documentación cabe entenderla subsanable, si bien puede acabar comportando la exclusión de las

⁸ En la Resolución nº 924/2017, de 11 de octubre, del TACRC, en la que resuelve el recurso interpuesto contra los pliegos de la licitación de un contrato de servicios de implantación de un nuevo sistema de información para la gestión tributaria integral, en la que se establece la exigencia de acreditación de conformidad con el ENS como prescripción técnica, para entender la recurrente que estos certificados son “cualidades propias de las empresas licitadoras y no de las ofertas” y que su exigencia como prescripción técnica supone limitar el acceso de concurrencia de las empresas y puede suponer una exclusión para participar en la licitación; el Tribunal afirma que resulta plenamente conforme a Derecho la exigencia de la Certificación de Conformidad con el ENS como prescripción técnica, dado que se trata de una especificación concreta relativa a la seguridad en la prestación del servicio, ya que las medidas de seguridad que deben adoptar los proveedores de servicios vienen determinadas por la Administración contratante, en virtud de la naturaleza de los servicios a prestar y, por tanto, considera que su exigencia no limita la concurrencia, “siendo además dicha comprobación previa de conformidad con el ENS esencial para la prestación del servicio en las condiciones de seguridad exigidas por la normativa actual”.

También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en la Resolución nº 123/2019, de 28 de marzo, ha considerado adecuada la exigencia de “estar en posesión de la certificación en vigor, acreditativa de la adecuación al Esquema Nacional de Seguridad (ENS) para las actividades de Gestión, Recaudación e Inspección de Tributos y otros ingresos de Derecho Público, servicio de apoyo jurídico e informático” como prescripción técnica, frente a su previsión como criterio de adjudicación.

⁹ A esta cuestión se ha referido el TACRC, entre otras, en las resoluciones nº 309/2020, de 5 de marzo, y nº 1069/2019, de 30 de septiembre.

empresas licitadoras en caso de no producirse la subsanación.¹⁰

En este sentido, cabe recordar 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 pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta, en el sentido de que no haya duda que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego; tiene que ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas; y, asimismo, debe deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.¹¹

Por tanto, la falta de presentación de una declaración o, en su caso, la falta de acreditación del cumplimiento de conformidad con el ENS 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 cambio, en los casos en que la exigencia de cumplimiento del ENS en los pliegos haga referencia a una obligación o requerimiento a futuro –por tratarse, por ejemplo, de la construcción de una solución tecnológica o de un servicio en cuya ejecución la empresa debe garantizar el cumplimiento–, los pliegos pueden prever la obligación de las empresas de incluir una declaración o compromiso al respecto en sus ofertas, que también debe considerarse susceptible de subsanación ya que no comporta un cambio en el contenido de la oferta; si bien el hecho de no establecer la exigencia de dicha declaración en los pliegos no afectaría al deber de cumplimiento con el ENS, ya que, como se ha dicho, la presentación de oferta por parte de las empresas comporta, en sí misma, el compromiso de cumplirla, sin que las empresas tengan que hacer necesariamente referencia expresa en sus ofertas al cumplimiento de esta exigencia en ejecución del contrato.¹²

Así, en caso de que se exija en los pliegos el compromiso de las empresas licitadoras de estar en situación de poder cumplir la conformidad con el ENS en un momento posterior – opción más favorecedora de la concurrencia que la exigencia de acreditación en la propia oferta y, por tanto, más conveniente, siempre que

¹⁰ Esta Junta Consultiva ha analizado las consecuencias del incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas en el Informe 5/2016, de 26 de julio, sobre consecuencias de la presentación de ofertas que, por error, incumplen prescripciones mínimas obligatorias. Asimismo, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público se ha pronunciado sobre esta cuestión en la Resolución nº 362/2019, de 28 de noviembre.

¹¹ Así se ha manifestado en múltiples ocasiones por los diferentes tribunales de recursos contractuales, entre muchos otros, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, en la Resolución 80/2020, de 14 de abril, y en la Resolución 64/2020, de 13 de marzo, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en la Resolución 1/2016, de 14 de enero, y el TACRC en la Resolución 985/2015, de 23 de octubre.

¹² No se puede exigir que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones previstas en el pliego, debiéndose presumir en las omisiones y en el uso de términos ambiguos el acatamiento del pliego de prescripciones técnicas, tal como señalan, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias en las resoluciones 80/2020, de 14 de abril, y 64/2020, de 13 de marzo, y el TACRC en la Resolución 985/2015, de 23 de octubre, ya mencionadas; el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución 91/2017, de 22 de marzo, y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en la Resolución 21/2017, de 9 de marzo.

sea adecuado al objeto y las circunstancias concurrentes—, la falta de aportación del compromiso se podría entender subsanable, siempre que no suponga un cambio de la voluntad declarada inicialmente por la empresa licitadora en su oferta, y el órgano de contratación o la mesa pueden solicitar una subsanación o una aclaración.¹³

En definitiva, en los casos en que los operadores presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas a los que resulte exigible el cumplimiento del ENS, la configuración del pliego, en función del objeto del contrato, determina el momento en que las empresas licitadoras deben estar en condiciones de exhibir la correspondiente declaración o certificación de conformidad y al mismo tiempo, la posibilidad de subsanación, tomando siempre en consideración respecto de esta posibilidad que, incluso si la deficiencia de la documentación es imputable a la falta de diligencia de las empresas, se deben rechazar posturas formalistas y contrarias al principio de libre concurrencia que rige la contratación pública y que tengan como resultado que errores o defectos formales y subsanables fácilmente impidan adjudicar un contrato a las ofertas económicamente más ventajosas.

Adicionalmente, para los casos en que los operadores presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas a los que no resulte exigible el cumplimiento del ENS, por no serlo de conformidad con el artículo 30 del Real Decreto 3/2010, para la solución tecnológica o para el servicio del ente que contrata, y que, no obstante, el órgano de contratación considere adecuado o conveniente que las empresas licitadoras estén en situación de acreditar esta conformidad en sus ofertas, se podría valorar la inclusión en los pliegos como criterio de adjudicación, lógicamente siempre que el requerimiento de este cumplimiento de conformidad con el ENS se considere proporcionado dado el objeto del contrato y cumpla los requisitos básicos de los criterios de valoración de las ofertas, de acuerdo con lo que establece el artículo 145 de la LCSP.¹⁴

¹³ El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León se pronuncia sobre la posibilidad de subsanación de un defecto u omisión de la oferta técnica en la Resolución nº 32/2018, de 4 de mayo, emitida en ocasión de la licitación de un contrato de servicio de comunicaciones de voz y acceso a internet en la que se establecía como criterio de adjudicación la certificación de cumplimiento del ENS, valorándose tanto el hecho que un servicio estuviera certificado de nivel alto, como, con menor puntuación, el hecho de que la certificación de nivel alto del servicio estuviera en curso. El Tribunal señala, ante el hecho de que la empresa recurrente hubiera presentado una subsanación o aclaración se estaría dando la oportunidad al licitador, no de alterar su oferta –actuación vedada por la normativa y no admitida por la jurisprudencia y la doctrina–, sino (...) se trataría de que la empresa acreditara el cumplimiento de un requisito que ya existía (...) sin que la aportación de dicho documento, como es el informe que posteriormente presentó, implique modificación alguna de la oferta”.

También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid aludió a esta cuestión en la Resolución 197/2016, de 28 de septiembre, en la que, después de hacer referencia al criterio anti- formalista que debe regir en los procedimientos de contratación pública, señala que “la posibilidad de subsanación no se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, no puede afirmarse con carácter general que todos los requisitos de solvencia sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas” y que “la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación”. Asimismo, sobre la posibilidad de solicitar aclaraciones con el límite de no modificar la oferta, se ha pronunciado el TACRC, por todas, en la Resolución 699/2019, de 27 de junio.

¹⁴ En la Resolución nº 802/2019, de 11 de octubre, en el marco de una licitación de un servicio de firma electrónica centralizada y emisión de certificados electrónicos calificados de empleado público, el TACRC afirma que, si bien el hecho de contar con una acreditación pública que los sistemas son conformes con el ENS “constituye, para un organismo del sector público estatal, un elemento de juicio ciertamente relevante que no puede entenderse desproporcionado” y que la inclusión de la solución de firma electrónica cualificada en el Catálogo de Productos de Seguridad de las Tecnologías de la Información debe entenderse como proporcionada, ya que posibilita asegurar y acreditar que la solución cumple con todas las medidas y requerimientos del ENS y de las instrucciones técnicas de seguridad aplicables, “quizá el

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

I. En caso de que resulte exigible el cumplimiento de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad para el servicio o la solución tecnológica que una entidad del sector público tenga que contratar, los pliegos respectivos pueden incluir dicha exigencia como a prescripción técnica o como obligación de la empresa contratista, exigiendo la Declaración o la Certificación de Conformidad con el ENS en función del sistema de que se trate, o bien un compromiso de futuro, de disponer de una o la otra, en caso de convertirse en contratista y en ejecución del contrato.

La exigencia del compromiso de las empresas licitadoras de estar en situación de poder cumplir la conformidad con el ENS en un momento posterior a la licitación es una opción más favorecedora de la concurrencia que la exigencia de acreditación en la propia oferta y, por tanto, más conveniente, siempre que sea adecuado al objeto del contrato, en los términos señalados en la consideración jurídica III de este informe, y las circunstancias concurrentes en cada caso.

II. 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.