



**Informe 12/2020, de 2 d'octubre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)**

**Assumpte: Conseqüències per a les empreses licitadores de la manca d'acreditació del compliment de conformitat amb l'Esquema Nacional de Seguretat**

## **ANTECEDENTS**

I. Des de l'Ajuntament de Quart s'ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre les conseqüències per a les empreses licitadores de no acreditar el compliment de l'Esquema Nacional de Seguretat.

En l'escrit de petició d'informe s'assenyala que la Resolució de 13 d'octubre de 2016 de la Secretaria d'Estat d'Administracions Públiques, per la qual s'aprova la Instrucció tècnica de seguretat de conformitat amb l'Esquema Nacional de Seguretat, determina que "quan els operadors del sector privat prestin serveis o proveeixin solucions a les entitats públiques, als quals resulti exigible el compliment de l'Esquema Nacional de Seguretat, hauran d'estar en condicions d'exhibir la corresponent Declaració de conformitat amb l'Esquema Nacional de Seguretat, quan es tracti de sistemes de categoria BÀSICA, o la Certificació de conformitat amb l'Esquema Nacional de Seguretat, quan es tracti de sistemes de categories MITJANA o ALTA, utilitzant els mateixos procediments que els exigits en aquesta Instrucció Tècnica de Seguretat per a les entitats públiques".

En aquest sentit, es plantegen, en concret, les qüestions següents: "En el marc d'una licitació (servei de proveïment d'aigua i clavegueram) en la qual es gestionen dades de caràcter personal, si el licitador no acredita el compliment de l'Esquema Nacional de Seguretat, que conseqüències comportaria sobre el licitador? Es tractaria d'un requisit esmenable o no esmenable? N'hi hauria prou amb una declaració de responsable? Comportaria l'exclusió del licitador?"

II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació pública, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

I. Per donar resposta a les qüestions plantejades sobre les conseqüències que ha de comportar per a les empreses licitadores la no acreditació del compliment de l'Esquema



Nacional de Seguretat (ENS), es considera convenient iniciar-ne l'anàlisi assenyalant que de conformitat amb l'article 156 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (d'ara en endavant, LRJSP), l'ENS "té per objecte establir la política de seguretat en la utilització de mitjans electrònics en l'àmbit de la present Llei, i està constituït pels principis bàsics i requisits mínims que garanteixin adequadament la seguretat de la informació tractada".<sup>1</sup>

Així mateix, en l'article 46.3 de la LRJSP, relatiu a l'arxiu electrònic de documents, també es fa referència a l'ENS en establir que "els mitjans o suports en què s'emmagatzemin documents han d'incloure mesures de seguretat, d'acord amb el que preveu l'Esquema Nacional de Seguretat, que garanteixin la integritat, autenticitat, confidencialitat, qualitat, protecció i conservació dels documents emmagatzemats", i que "en particular, han d'assegurar la identificació dels usuaris i el control d'accessos, el compliment de les garanties que preveu la legislació de protecció de dades, així com la recuperació i conservació a llarg termini dels documents electrònics produïts per les administracions públiques que ho requereixin així, d'acord amb les especificacions sobre el cicle de vida dels serveis i sistemes utilitzats".

Per la seva banda, la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals, vincula la seguretat de les dades personals amb les mesures de l'ENS en la seva disposició addicional primera.<sup>2</sup>

El Reial decret 3/2010, de 8 de gener, pel qual es regula l'Esquema Nacional de Seguretat en l'àmbit de l'Administració electrònica, que s'aplica a l'Administració general de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes, les entitats que integren l'Administració local i el sector públic institucional, preveu en l'article 29 que el Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques (actualment, Ministeri de Política Territorial i Funció Pública), a proposta del Comitè Sectorial d'Administració Electrònica (actualment, Comissió Sectorial d'Administració Electrònica, d'acord amb la disposició addicional novena de la LRJSP) previst en l'article 40 de la Llei 11/2007, de 22 de juny, –actualment derogada, com s'ha

---

<sup>1</sup> Ja en l'article 42 de la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, actualment derogada, es disposava, en uns termes molt similars, que "l'Esquema Nacional de Seguretat té per objecte establir la política de seguretat en la utilització de mitjans electrònics en l'àmbit d'aquesta Llei, i està constituït pels principis bàsics i requisits mínims que permetin una protecció adequada de la informació".

<sup>2</sup> Aquesta disposició addicional, relativa a "mesures de seguretat en l'àmbit del sector públic", disposa literalment que "l'Esquema Nacional de Seguretat ha d'incloure les mesures que s'hagin d'implantar en cas de tractament de dades personals per evitar-ne la pèrdua, l'alteració o l'accés no autoritzat, amb l'adaptació dels criteris de determinació del risc en el tractament de les dades al que estableix l'article 32 del Reglament (UE) 2016/679"; que els responsables –establerts en l'article 77.1 d'aquesta Llei orgànica 3/2018, entre d'altres, les entitats que integren l'Administració local– han d'aplicar als tractaments de dades personals les mesures de seguretat que corresponguin de les previstes en l'ENS, així com impulsar un grau d'implementació de mesures equivalents en les empreses o fundacions vinculades; i que "en els casos en què un tercer presti un servei en règim de concessió, encàrrec de gestió o contracte, les mesures de seguretat es corresponen amb les de l'Administració pública d'origen i s'han d'ajustar a l'Esquema Nacional de Seguretat."



indicat– i a iniciativa del Centre Criptològic Nacional, ha d'aprovar les instruccions tècniques de seguretat de compliment obligat, les quals s'han de publicar mitjançant resolució de la Secretaria d'Estat d'Administracions Públiques, i han de tenir en compte les normes harmonitzades a escala europea que siguin aplicables.

A més, la disposició addicional quarta d'aquest Reial decret 3/2010, relativa al desenvolupament de l'ENS, preveu que, sens perjudici de les propostes que pugui acordar la Comissió Sectorial d'Administració Electrònica d'acord amb el que estableix l'article 29 esmentat, s'han de desenvolupar les instruccions tècniques de seguretat que preveu la mateixa disposició addicional –que han de ser de compliment obligat per part de les administracions públiques–, entre les quals cal destacar la de “conformitat amb l'Esquema Nacional de Seguretat”.

Així, mitjançant la Resolució de 13 d'octubre de 2016, de la Secretaria d'Estat d'Administracions Públiques, es va aprovar la Instrucció tècnica de seguretat de conformitat amb l'ENS, que té per objecte establir els procediments per donar publicitat a la conformitat amb l'ENS, així com els requisits exigibles a les entitats certificadores, i és d'aplicació als sistemes d'informació de les entitats públiques incloses en l'àmbit d'aplicació del Reial decret 3/2010 esmentat.<sup>3</sup>

En l'apartat VII d'aquesta Instrucció tècnica, relatiu a solucions i serveis prestats pel sector privat i al qual es fa esment en l'escrit de petició d'informe, s'estableix que “cuando los operadores del sector privado prestan 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”, i 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”.

Pel que fa a l'àmbit d'aplicació objectiu de l'ENS cal tenir en compte que, d'acord amb el preàmbul del Reial decret 3/2010, “la finalitat de l'Esquema Nacional de Seguretat és la creació de les condicions necessàries de confiança en l'ús dels mitjans electrònics, a través de mesures per garantir la seguretat dels sistemes, les dades, les comunicacions i els serveis electrònics, que permeti als ciutadans i a les administracions públiques l'exercici de

---

<sup>3</sup> Tal com s'assenyala en el seu Preàmbul, “dichas instrucciones técnicas de seguridad son esenciales para lograr una adecuada, homogénea y coherente implantación de los requisitos y medidas recogidos en el Esquema”, i “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”.



drets i el compliment de deures a través d'aquests mitjans"; que de conformitat amb l'article 1 d'aquest Reial decret 3/2010, l'ENS "és aplicat per les administracions públiques per assegurar l'accés, integritat, disponibilitat, autenticitat, confidencialitat, traçabilitat i conservació de les dades, informacions i serveis utilitzats en mitjans electrònics que gestionin en l'exercici de les seves competències"; i que en l'article 30, relatiu als sistemes d'informació no afectats, disposa que les administracions públiques poden determinar els sistemes d'informació als quals no els sigui aplicable, si es tracta de sistemes no relacionats amb l'exercici de drets ni amb el compliment de deures per mitjans electrònics ni amb l'accés per mitjans electrònics dels ciutadans a la informació i al procediment administratiu.<sup>4</sup>

En definitiva, l'ENS "persegueix fonamentar la confiança en el fet que els sistemes d'informació prestin els seus serveis i custodien la informació d'acord amb les seves especificacions funcionals, sense interrupcions o modificacions fora de control, i sense que la informació pugui arribar al coneixement de persones no autoritzades" –en paraules del preàmbul del Reial decret 3/2010– i s'aplica a sistemes, dades, comunicacions i serveis electrònics que gestionen les administracions públiques –o, si s'escau, operadors que prestin serveis o proveeixin solucions a les entitats públiques– en l'exercici de les seves competències o funcions.

II. Un cop referenciada la normativa reguladora de l'ENS i el seu àmbit d'aplicació subjectiu i objectiu, en la mesura que les qüestions plantejades per l'Ajuntament de Quart fan referència a l'acreditació del compliment de l'ENS, es considera necessari analitzar els procediments de determinació de la conformitat amb l'ENS i els requisits exigibles a les entitats certificadores, els quals, tal com s'ha assenyalat en la consideració jurídica anterior, constitueixen l'objecte de la Resolució de 13 d'octubre de 2016, per la qual s'aprova la Instrucció tècnica de seguretat de conformitat amb l'ENS, ja esmentada.<sup>5</sup>

Pel que fa als procediments de determinació de la conformitat amb l'ENS, en l'apartat III d'aquesta Instrucció tècnica s'indica que es defineix en funció de la categoria dels sistemes

---

<sup>4</sup> D'acord amb el [document de preguntes freqüents de l'ENS](#), com a regla general, es pot afirmar que l'ENS és d'aplicació a seus electròniques, registres electrònics, sistemes d'informació accessibles electrònicament pels ciutadans, sistemes d'informació per a l'exercici de drets, sistemes d'informació per al compliment de deures, i sistemes d'informació per a demanar informació i estat del procediment administratiu.

<sup>5</sup> En el preàmbul s'assenyala que aquesta Instrucció "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". Cal destacar que l'article 41 del Reial decret 3/2010, contingut en aquell Capítol VIII, disposa que "els òrgans i entitats de dret públic han de donar publicitat en les corresponents seus electròniques a les declaracions de conformitat, i als distintius de seguretat dels quals siguin creditors, obtinguts respecte al compliment de l'Esquema Nacional de Seguretat".



d'informació<sup>6</sup> de l'àmbit d'aplicació de l'ENS, i, en aquest sentit, els articles 43 i 44 del Reial decret 3/2010 estableixen, respectivament, que la determinació de la categoria dels sistemes d'informació s'efectua en funció de la valoració de l'impacte que tindria un incident que afectés la seguretat de la informació o dels serveis amb perjudici per a la disponibilitat, autenticitat, integritat, confidencialitat o traçabilitat, com a dimensions de seguretat; i que aquesta facultat de determinació correspon al responsable del sistema.

Així, cal tenir en compte que els sistemes de "categoria bàsica" només requereixen per a la seva declaració de la conformitat d'una autoavaluació que, amb caràcter ordinari, verifiqui el compliment dels requeriments previstos en l'ENS, almenys cada dos anys, i que aquesta autoavaluació pot ser desenvolupada pel mateix personal que administra el sistema d'informació o en qui aquest delegui. L'apartat IV de la Instrucció Tècnica de Seguretat estableix 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".

Per la seva banda, els sistemes de "categoria mitjana o alta" requereixen per a la seva certificació de conformitat una auditoria formal que, amb caràcter ordinari, també verifiqui el compliment dels requeriments previstos a l'ENS, almenys cada dos anys. De conformitat amb l'apartat V de la Instrucció tècnica de seguretat, aquesta certificació ha de ser expedida per una entitat certificadora i s'ha de completar mitjançant un distintiu de certificació de conformitat, l'ús del qual està condicionat a la dita certificació de conformitat.

A més, en l'apartat III de la Instrucció tècnica de seguretat es disposa 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 auditoria formal de certificación de la conformidad, siendo esta posibilidad siempre la deseable".

Per tant, la declaració de la conformitat amb l'ENS dels sistemes d'informació amb categoria bàsica o inferior pot ser expedida per la mateixa entitat sota la responsabilitat de la qual es trobin aquests sistemes, mentre que la certificació de la conformitat dels sistemes d'informació amb categoria mitjana o alta ha de ser expedida per una entitat certificadora, la qual ha d'estar acreditada per l'Entitat Nacional d'Acreditació (ENAC) per a la certificació de sistemes de l'àmbit d'aplicació de l'ENS conforme a la norma "UNE-EN ISO/IEC 17065:2012 Evaluación de la conformidad. Requisitos para organismos que certifican productos, procesos y servicios".<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Un sistema d'informació es defineix en l'annex IV del Reial decret 3/2010 com a un "conjunt organitzat de recursos perquè la informació es pugui recollir, emmagatzemar, processar o tractar, mantenir, utilitzar, compartir, distribuir, posar a disposició, presentar o transmetre".

<sup>7</sup> El Centre Criptològic Nacional manté a la seva seu electrònica una [relació actualitzada de les Entitats de Certificació](#), acreditades o en vies d'acreditació, per expedir certificacions de conformitat amb l'ENS.



Convé portar a col·lació en aquest punt la [Resolució núm. 159/2018, de 16 de febrer](#), del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC), en la qual es qüestiona la valoració donada a l'empresa proposada com a adjudicatària quant al certificat relatiu l'ENS, pel fet de no haver aportat un certificat expedit per una entitat certificadora acreditada per un organisme públic, tal com exigia el plec, sinó una declaració responsable de la mateixa licitadora. El Tribunal, després de recordar que el plec valorava com a criteri d'adjudicació 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 l'empresa no complia el segon requisit perquè va presentar una declaració del contingut de l'autoavaluació realitzada per ella mateixa, afirma que "difícilmente puede ser considerado como medio de prueba equivalente al certificado emitido por un tercero independiente una declaración de parte".

En aquest sentit, i atès que, quan els operadors privats prestin serveis o proveeixin solucions a les entitats públiques als quals resulti exigible el compliment de l'ENS, han d'estar en condicions d'exhibir la Declaració o Certificació de Conformitat corresponent, depenent de si es tracta de sistemes de "categoria bàsica" o de "categories mitjana o alta", cal tenir en compte que, de conformitat amb l'apartat VII de la Instrucció tècnica de Seguretat, els operadors del sector privat han d'utilitzar els mateixos models documentals per a les declaracions, les certificacions o els distintius de conformitat, substituint les referències a les entitats públiques per les corresponents a les entitats privades i "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".<sup>8</sup>

Per tant, la determinació de la conformitat amb l'ENS s'establirà en funció de la categoria dels sistemes d'informació –bàsica, mitjana o alta–, que depèn dels serveis que prestin o dels productes que proveeixin els operadors privats. Així, els operadors privats que prestin serveis o proveeixin solucions a les entitats públiques han d'utilitzar el mateix model utilitzat per aquestes entitats públiques tant per a la Declaració de conformitat amb l'ENS, en el cas de sistemes de "categoria bàsica", com per a la Certificació de conformitat, en el cas de sistemes de "categories mitjana o alta", havent-se d'expedir aquesta Certificació per una entitat certificadora que compleixi els requisits assenyalats que estableix la Instrucció tècnica de seguretat.

**III.** Per determinar quines han de ser les conseqüències de la manca d'acreditació del compliment de l'ENS per part de les empreses licitadores i, en concret, si la dita acreditació

---

<sup>8</sup> També, s'assenyala 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".



s'ha de considerar un requisit esmenable, si és suficient efectuar-la mitjançant una declaració responsable i si la manca d'acreditació pot comportar-ne l'exclusió, cal fer referència a com s'ha d'incloure en els plecs de les licitacions dels contractes del sector públic, si s'escau i de conformitat amb el que s'ha assenyalat en les consideracions jurídiques anteriors, l'exigència de la conformitat amb l'ENS.

En aquest sentit, es considera procedent, en els casos en què resulti exigible el compliment de l'ENS per al servei o la solució tecnològica que l'entitat del sector públic hagi de contractar, incloure la dita exigència en els plecs respectius, bé com a prescripció tècnica, bé com a obligació de l'empresa contractista, exigint la Declaració de conformitat amb l'ENS –autoavaluació– o la Certificació de conformitat amb l'ENS –auditoria per part d'una empresa certificadora–, en funció de si es tracta de sistemes de categoria bàsica o de sistemes de categories mitjana o alta, o bé un compromís de futur de disposar d'una o l'altra, en cas d'esdevenir contractista i en execució del contracte.

Així, el compliment de conformitat amb l'ENS es pot exigir com a prescripció, en la mesura que es tracta d'un requisit que defineix les característiques mínimes exigides d'un producte o d'un servei, de manera que, com a requisit mínim que han de complir les ofertes de les empreses licitadores en els procediments que resulti procedent, aquestes l'han de complir per poder optar a esdevenir adjudicatàries del contracte.<sup>9</sup>

En tot cas, tant si l'obligació d'acreditació de la conformitat amb l'ENS s'estableix en els plecs com a prescripció o com a obligació de les empreses licitadores de compliment futur, cal recordar que, de conformitat amb l'article 139 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de

---

<sup>9</sup> En la [Resolució núm. 924/2017, d'11 d'octubre](#), del TACRC, en la qual resol el recurs interposat contra els plecs de la licitació d'un contracte de serveis d'implantació d'un nou sistema d'informació per a la gestió tributària integral, en què s'estableix l'exigència d'acreditació de conformitat amb l'ENS com a prescripció tècnica, per entendre la recurrent que aquests certificats són "calidades propias de las empresas licitadoras y no de las ofertas" i que la seva exigència com a prescripció tècnica suposa limitar l'accés de concurrència de les empreses i pot suposar una exclusió per a participar en la licitació; el Tribunal afirma que resulta plenament conforme amb el dret l'exigència de la Certificació de conformitat amb l'ENS com a prescripció tècnica, atès que es tracta d'una especificació concreta relativa a la seguretat en la prestació del servei, ja que les mesures de seguretat que han d'adoptar els proveïdors de serveis venen determinades per l'administració contractant, en virtut de la naturalesa dels serveis a prestar i, per tant, considera que la seva exigència no limita la concurrència, "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".

També el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid, en la [Resolució núm. 123/2019, de 28 de març](#), ha considerat adequada l'exigència 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" com a prescripció tècnica, davant de la seva previsió com a criteri d'adjudicació.



contractes del sector públic (en endavant, LCSP), la presentació d'oferta implica l'acceptació incondicionada de totes i cadascuna de les obligacions establertes als plecs.<sup>10</sup>

A més, en els casos en què, atès l'objecte del contracte, es requereixi que les empreses estiguin en condicions d'acreditar el compliment amb l'ENS –per tractar-se, per exemple, de l'adquisició d'una solució tecnològica ja construïda– aquestes podrien presentar, en fase de licitació, bé la documentació acreditativa del seu compliment o bé una declaració responsable en aquest sentit, havent d'aportar la dita documentació en el moment de resultar adjudicatàries, si es dona el cas. La manca d'aportació de la dita documentació cal entendre-la esmenable, si bé pot acabar comportant l'exclusió de les empreses licitadores en cas de no produir-se l'esmena.<sup>11</sup>

En aquest sentit, cal recordar que perquè l'incompliment de les prescripcions, com a condicions mínimes que han de complir les ofertes, comporti l'exclusió ha de tractar-se d'un incompliment exprés del plec de prescripcions tècniques per la descripció tècnica continguda en l'oferta, en el sentit que no hi hagi dubte que l'oferta és incongruent o s'oposa obertament a les prescripcions tècniques contingudes en el plec; ha de ser clar, és a dir, referir-se a elements objectius, perfectament definits en el plec de prescripcions tècniques; i, així mateix, s'ha de deduir amb facilitat de l'oferta, sense cap gènere de dubtes, la impossibilitat de complir amb els compromisos exigits en els plecs.<sup>12</sup>

Per tant, la manca de presentació d'una declaració o, si escau, la manca d'acreditació del compliment de conformitat amb l'ENS per part d'una empresa licitadora podria comportar la seva exclusió quan, estant establerta com a obligació en els plecs de prescripcions tècniques, hi hagi un incompliment exprés i clar de la mateixa prescripció tècnica en l'oferta que es presenti.

En canvi, en els casos en què l'exigència de compliment de l'ENS en els plecs faci referència a una obligació o requeriment a futur –per tractar-se, per exemple, de la construcció d'una solució tecnològica o d'un servei en execució del qual l'empresa ha de garantir-ne el compliment–, els plecs poden preveure l'obligació de les empreses d'incloure una declaració o compromís al respecte en les seves ofertes, que també ha de considerar-

---

<sup>10</sup> A aquesta qüestió s'ha referit el TACRC, entre altres, en les resolucions [núm. 309/2020, de 5 de març](#), i [núm. 1069/2019, de 30 de setembre](#).

<sup>11</sup> Aquesta Junta Consultiva ha analitzat les conseqüències de l'incompliment del plec de prescripcions tècniques en l'[Informe 5/2016, de 26 de juliol, sobre conseqüències de la presentació d'ofertes que, per error, incompleixen prescripcions mínimes obligatòries](#). Així mateix, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió en la [Resolució núm. 362/2019, de 28 de novembre](#).

<sup>12</sup> Així s'ha manifestat en múltiples ocasions pels diferents tribunals de recursos contractuals, entre molts altres, el Tribunal Administratiu de Contractes Públics de Canàries, en la [Resolució 80/2020, de 14 d'abril](#), i en la [Resolució 64/2020, de 13 de març](#), el Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó en la [Resolució 1/2016, de 14 de gener](#), i el TACRC en la [Resolució 985/2015, de 23 d'octubre](#).



se susceptible d'esmena ja que no comporta un canvi en el contingut de l'oferta; si bé el fet de no establir l'exigència de la dita declaració en els plecs no afectaria el deure de compliment amb l'ENS, ja que, com s'ha dit, la presentació d'oferta per part de les empreses comporta, en si mateixa, el compromís de complir-la, sense que les empreses hagin de fer necessàriament referència expressa en les seves ofertes al compliment d'aquesta exigència en execució del contracte.<sup>13</sup>

Així, en cas que s'exigeixi en els plecs el compromís de les empreses licitadores d'estar en situació de poder complir la conformitat amb l'ENS en un moment posterior –opció més afavoridora de la concurrència que l'exigència d'acreditació en la pròpia oferta i, per tant, més convenient, sempre que sigui adient a l'objecte i les circumstàncies concurrents–, la manca d'aportació del compromís es podria entendre esmenable, sempre que no suposi un canvi de la voluntat declarada inicialment per l'empresa licitadora en la seva oferta, i l'òrgan de contractació o la mesa poden sol·licitar una esmena o un aclariment.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> No es pot exigir que les proposicions recullin expressament i exhaustiva totes i cadascuna de les prescripcions previstes en el plec, havent-se de presumir en les omissions i en l'ús de termes ambigus l'acatament del plec de prescripcions tècniques, tal com assenyalen, entre altres, el Tribunal Administratiu de Contractes Públics de Canàries en les resolucions 80/2020, de 14 d'abril, i 64/2020, de 13 de març, i el TACRC en la Resolució 985/2015, de 23 d'octubre, ja esmentades; el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid en la [Resolució 91/2017, de 22 de març](#), i el Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó en la [Resolució 21/2017, de 9 de març](#).

<sup>14</sup> El Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó es pronuncia sobre la possibilitat d'esmena d'un defecte o omisió de l'oferta tècnica en la [Resolució núm. 32/2018, de 4 de maig](#), emesa en ocasió de la licitació d'un contracte de servei de comunicacions de veu i accés a internet en la qual s'establí com a criteri d'adjudicació la certificació de compliment de l'ENS, valorant-se tant el fet que un servei estigués certificat de nivell alt, com, amb menor puntuació, el fet que la certificació de nivell alt del servei estigués en curs. El Tribunal assenyala, davant el fet que l'empresa recurrent hagués presentat una declaració responsable sense aportar un justificant adequat d'estar el procés de certificació en curs i d'haver-se iniciat abans de finalitzar el termini de presentació d'ofertes, que “con el requerimiento de 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”.

També el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid va al·ludir a aquesta qüestió en la [Resolució 197/2016, de 28 de setembre](#), en la qual, després de fer referència al criteri antiformalista que ha de regir en els procediments de contractació pública, assenyala 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” i 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”. Així mateix, sobre la possibilitat de sol·licitar aclariments amb el límit de no modificar l'oferta, s'ha pronunciat el TACRC, per totes, en la [Resolució 699/2019, de 27 de juny](#).



En definitiva, en els casos en què els operadors prestin serveis o proveeixin solucions a les entitats públiques als quals resulti exigible el compliment de l'ENS, la configuració del plec, en funció de l'objecte del contracte, determina el moment en què les empreses licitadores han d'estar en condicions d'exhibir la corresponent declaració o certificació de conformitat i alhora, la possibilitat d'esmena, prenent sempre en consideració respecte d'aquesta possibilitat que, fins i tot si la deficiència de la documentació és imputable a la manca de diligència de les empreses, s'han de rebutjar postures formalistes i contràries al principi de lliure concurrència que regeix la contractació pública i que tinguin com a resultat que errors o defectes formals i esmenables fàcilment impedeixin adjudicar un contracte a les ofertes econòmicament més avantatjoses.

Adicionalment, per als casos en què els operadors prestin serveis o proveeixin solucions a les entitats públiques als quals no resulti exigible el compliment de l'ENS, per no ser-ho de conformitat amb l'article 30 del Reial decret 3/2010, per a la solució tecnològica o per al servei de l'ens que contracta, i que, no obstant això, l'òrgan de contractació consideri adequat o adient que les empreses licitadores estiguin en situació d'acreditar aquesta conformitat en les seves ofertes, es podria valorar la inclusió en els plecs com a criteri d'adjudicació, lògicament sempre que el requeriment d'aquest compliment de conformitat amb l'ENS es consideri proporcionat atès l'objecte del contracte i compleixi els requisits bàsics dels criteris de valoració de les ofertes, d'acord amb el que estableix l'article 145 de la LCSP.<sup>15</sup>

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

## CONCLUSIONS

I. En cas que resulti exigible el compliment de conformitat amb l'Esquema Nacional de Seguretat per al servei o la solució tecnològica que una entitat del sector públic hagi de contractar, els plecs respectius poden incloure la dita exigència com a prescripció tècnica o com a obligació de l'empresa contractista, exigint la Declaració o la Certificació de

---

<sup>15</sup> En la [Resolució núm. 802/2019, d'11 d'octubre](#), en el marc d'una licitació d'un servei de firma electrònica centralitzada i emissió de certificats electrònics qualificats d'empleat públic, el TACRC afirma que, si bé el fet de comptar amb una acreditació pública que els sistemes són conformes amb l'ENS "constituye, para un organismo del sector público estatal, un elemento de juicio ciertamente relevante que no puede entenderse desproporcionado" i que la inclusió de la solució de signatura electrònica qualificada en el Catálogo de Productos de Seguridad de las Tecnologías de la Información s'ha d'entendre com a proporcionada, ja que possibilita assegurar i acreditar que la solució compleix amb totes les mesures i requeriments de l'ENS i de les instruccions tècniques de seguretat aplicables, "quizá el modo oportuno de dar cumplimiento a la obligación normativa hubiera sido su configuración como requisito para al acceso a la licitación o como prescripción técnica del servicio, más su establecimiento como criterio de adjudicación (que permite una mayor apertura a la competencia que las mencionadas soluciones) no permite calificarla como desproporcionada o innecesaria".



conformitat amb l'ENS en funció del sistema de què es tracti, o bé un compromís de futur de disposar d'una o l'altra, en cas d'esdevenir contractista i en execució del contracte.

L'exigència del compromís de les empreses licitadores d'estar en situació de poder complir la conformitat amb l'ENS en un moment posterior a la licitació és una opció més afavoridora de la concurrència que l'exigència d'acreditació en la pròpia oferta i, per tant, més convenient, sempre que sigui adient a l'objecte del contracte, en els termes assenyalats en la consideració jurídica III d'aquest informe, i les circumstàncies concurrents en cada cas.

II. Tant la manca d'aportació del compromís com la manca d'acreditació del compliment de conformitat amb l'ENS, cal entendre-les esmenables, ja que no suposen un canvi de la voluntat declarada inicialment per les empreses licitadores en les seves ofertes, si bé pot comportar-ne l'exclusió, en cas de no produir-se l'esmena o que de la descripció tècnica continguda en l'oferta es constati un incompliment exprés d'una prescripció del plec respectiu, per ser aquesta incongruent o oposar-s'hi.

**Barcelona, 2 d'octubre de 2020**