Ref: 45/254933.9/21

**Recurso nº 136/2021**
**Resolución nº 185/2021**

## NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 29 de abril de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa "ASAC COMUNICACIONES S.L. contra la adjudicación del "Contrato de suministro de "Licencias de Office 365", Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, expediente 2020016SUM, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 28 de octubre de 2020, fue publicado en el DOUE, la convocatoria para la licitación de del contrato de suministro de Licencias Office 365 para el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, por procedimiento abierto y con un valor estimado de 1.080.845,8 euros, cuyo plazo de presentación finalizaba el 23 de noviembre de 2020, a las 23:59 horas.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

Segundo.- El 12 de marzo de 2021, fue colgada en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de 19 de febrero de 2021, por el que se acuerda la adjudicación del contrato de suministro de "Licencias de Office 365", a REDCOM CIBERNÉTICO S.L.

Tercero.- Interesa al recurso recoger las siguientes cláusulas de los Pliegos:

Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la II.4 que consigna como parte del objeto del contrato:

"4. El objeto del mismo se concreta en:

(…)

Servicio de migración de los 1.000 buzones de correo Exchange Online a las nuevas licencias Office 365"

De la XII relativa a la solvencia económica, financiera y técnica:

"Requisitos mínimos de solvencia.- Deberá disponer de las certificaciones de calidad necesarias para la ejecución del contrato; en concreto las relacionadas con la calidad en la tecnología de la información; de la seguridad en la información; gestión del control de la calidad en sus procesos; gestión de los riesgos medioambientales asociados a la actividad desarrollada; y de gestión de la continuidad del negocio y del cumplimiento del esquema nacional de seguridad."

"Medios de acreditación: Los licitadores deberán estar en posesión de las siguientes certificaciones o certificaciones equivalentes a las mismas, debiendo justificar, en cada caso, dicha equivalencia:

(…)

Certificación ENS nivel alto que cubra los procesos de operación, asistencia técnica y soporte a infraestructuras".

La cláusula XVII, relativa a la forma y contenido de las proposiciones, establece:

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

"Si el licitador recurre a la solvencia y medios de otras empresas, cada una de ellas deberá presentar una declaración responsable ajustada al modelo incluido en el Anexo II".

La cláusula 13 de la cláusula 13 determina las certificaciones de calidad y otras certificaciones que el adjudicatario deberá poseer, y entre ellas "Certificación ENS nivel alto que cubra los procesos de operación, asistencia técnica y soporte a infraestructuras".

La cláusula 14, relativa a la documentación de la oferta, establece que el licitador además de la documentación exigida en el pliego de cláusulas administrativas generales y en el de condiciones particulares deberá presentar para la valoración de los criterios objetivos las certificaciones de la cláusula 13, entre otros documentos.

Cuarto.- En trámite de presentación de documentación por el adjudicatario, la Mesa de Contratación tras varias incidencias admitió que REDCOM completara la solvencia relativa a la certificación ENS ( Esquema Nacional de Seguridad ) nivel alto con la propia de "TÉCNICOS ASOCIADOS INFORMÁTICOS SAU", mediante una certificación de fecha 16 de diciembre de 2020.

Quinto.- El 26 de marzo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra la adjudicación publicada el 12, con dos motivos :

1º La posesión de la certificación ENS nivel alto es una solvencia que no puede ser completada con el recurso a la solvencia de otras entidades.
2º La certificación es de fecha posterior a la final del plazo de presentación de proposiciones, vulnerando así el artículo 140.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Sexto.- En fecha 18 de abril el órgano de contratación remitió el expediente administrativo y el informe a los que refiere el artículo 56.3 de la LCSP.

Séptimo.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, 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 solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

Octavo.- En fecha 26 de abril se recibe el escrito de alegaciones del adjudicatario conforme al artículo 56.3 de la LCSP.

## 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, pues de estimarse el recurso resultaría finalmente adjudicataria del contrato.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación fue publicado el 12 de marzo e interpuesto recurso ante este Tribunal el 26 de marzo de 2021 , por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación y la exclusión de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 44.2. b) y c) de la LCSP

Quinto.- El recurso se fundamenta en lo siguiente:

1º La certificación ENS nivel alto es una solvencia que tiene que tener el adjudicatario, no pudiendo ser completada por otra empresa, siendo una condición personalísima.

Cita las diversas cláusulas de los Pliegos que refieren al adjudicatario al requerir la certificación.

Contesta el órgano de contratación con la transcripción del artículo 75 ("integración de la solvencia con medios externos") de la LCSP, de la que desprende que la legislación no contiene limitación alguna a la integración de solvencia, por lo que es perfectamente admisible que el adjudicatario del contrato haya integrado su solvencia técnica con TECNICOS ASOCIADOS INFORMÁTICA SAU (TAISA).

La cláusula XVII del Pliego contempla la posibilidad de recurrir a la solvencia y medios de otras empresas, habiendo presentado el licitador declaración en tal sentido, así como el DEUC de la empresa que la completa.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

Este Tribunal en consonancia con la doctrina contractual ha reconocido en su momento la no posibilidad de completar la solvencia en certificados de calidad o medioambiental (artículos 93 y 94 LCSP), en cuanto refiere a " un aspecto propio e intrínseco de la organización y funcionamiento de una empresa que no es sustituible por el de otra" ( por todas, Recurso nº 94/2020, Resolución nº 114/2020 de 4 de junio de 2020 ). Criterio modificado en Recurso nº 354/2020, Resolución nº 008/2021 de 12 de enero.

En cualquier caso, el certificado del Esquema Nacional de Seguridad no atañe a las condiciones personales del licitador o adjudicatario, al ámbito interno, sino a las condiciones de la prestación o actividad que realizan, pues " está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos requeridos para una protección adecuada de la información" y "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" ( artículo 1.2. 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).

De ahí que pueda servirse de la solvencia de otra entidad "siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios" (artículo 75 LCSP).

No es óbice que las menciones de los Pliegos sean al adjudicatario o a los licitadores como en general lo son todas, lo que no emplace a la posibilidad de integrar la solvencia con medios ajenos.

Procede desestimar este motivo del recurso.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

2º El certificado de seguridad del ENS es de fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de proposiciones.

Alega el órgano de contratación que si bien el certificado ENS nivel alto es de 16 diciembre de 2020 posterior al 23 de noviembre fecha límite de presentación de proposiciones, antes de esta fecha ya reunía los requisitos para la expedición del certificado, pues el equipo auditor ya la había recomendado en fecha 13 de noviembre, quedando únicamente pendiente del paso por el Comité de Certificación y la expedición del certificado.

Además, el certificado de seguridad ENS alto solo concierne a la parte del contrato relativa a "la migración de los 1.000 buzones de correo Exchange Online a las nuevas licencias Office 365", que representa solo el 7% del presupuesto del contrato, siendo el resto adquisición de licencias de Microsoft que ya dispone de la certificación ENS categoría alta.

Por su parte REDCOM afirma que el certificado se limita acreditar algo que se ha producido o existe, siendo la empresa legalmente habilitada tras la Auditoria la que otorga la habilitación. La certificación no otorga dicha calificación del ENS, puesto que únicamente da fe de que la misma existe y está en vigor a todos los efectos.

"Dicho lo anterior, hay que señalar, que una certificación, el documento de una certificación, lo único que hace es acreditar hechos o situaciones de carácter administrativo que pueden surtir efectos en un proceso jurídico-administrativo, es decir, acredita que algo se ha producido o existe, en nuestro caso una habilitación técnica como es el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad ENS, pero en ningún caso es quién otorga la habilitación, ya que la habilitación debe ser otorgada una vez pasada la correspondiente Auditoría por la empresa expresamente habilitada, tal y como ocurrió en este caso y tal circunstancia se corrobora simplemente con leer la Resolución de 27 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública,

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64



Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45 e-mail:
tribunal.contratacion@madrid.org

por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de Auditoría de la Seguridad de los Sistemas de Información “.

Como parte de su argumentación afirma el recurrente que el informe de auditoría para la expedición del certificado no es concluyente, pues puede ser favorable, desfavorable y favorable con no conformidades mayores o menores, en cuyo caso la empresa auditada deberá presentar un plan de acciones correctivas de las no conformidades auditadas. Afirma el órgano de contratación que este plan ya se había presentado antes del fin de plazo de licitación y en su consecuencia el equipo auditor ya había recomendado la certificación con anterioridad a dicho fin.

Consta en el expediente de contratación certificación de Cámara Certifica de fecha 23 de noviembre de 2020 donde se afirma la conclusión de la auditoría de conformidad a tal fecha estando pendiente exclusivamente del Comité de certificación la expedición del certificado.

*“La empresa Técnicos Asociados de Informática S.A. (TAISA), con CIF A79054748 y con domicilio social en Vía de las dos Castillas, 33, Edificio 7, 28224, Pozuelo de Alarcón, Madrid, ha realizado la auditoría de certificación frente al Esquema Nacional de Seguridad ENS durante el pasado mes de septiembre, siendo el alcance auditado el siguiente:*

*- ENS CATEGORÍA ALTA: para los sistemas de información que sustentan los servicios de diseño, instalación, mantenimiento, operación asistencia técnica, soporte, evolución y transformación digital de las infraestructuras de Tecnológicas de la Información y de las Comunicaciones (TIC) de organismos públicos y privados, tanto en entornos tradicionales (on-premise), como en la nube (cloud).*

*-*

*Tras la auditoría, y habiéndose recibido correctamente por parte de la empresa del PAC, el equipo auditor ha procedido a recomendar la certificación, quedando por tanto*

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

*el expediente únicamente pendiente del paso por Comité de Certificación y emisión del Certificado.*
*Lo que hacemos constar a los efectos oportunos"*

Igualmente, en el certificado ENS consta que la auditoria era favorable en fecha 13 de noviembre de 2020.

No es de recibo la alegación al respecto del carácter del informe de auditoría.

A juicio de este Tribunal la exigencia del Pliego sobre el certificado ENS nivel alto no puede ser suplida por el informe de auditoría favorable para su emisión o en el caso la certificación de que el informe de auditoría había recomendado la certificación y el expediente solo estaba pendiente del paso por el Comité de Certificación y la emisión del certificado.

Admitir otra cosa contraviene lo que requiere el Pliego, que es el certificado y no la posibilidad de obtenerlo, y con ello el artículo 140.4 de la LCSP.

"4. Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato".

A fecha 23 de noviembre la empresa adjudicataria no disponía de la solvencia requerida por el Pliego en lo que atañe al certificado requerido, que complementa con el recurso a la propia de un medio externo.

De admitir este Tribunal la sustitución de los certificados requeridos en las licitaciones por la superación de los trámites necesarios para su obtención introduciría una dosis cierta de inseguridad jurídica, en la medida que no existe ninguna determinación previa

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

de general aplicación al respecto de cuando esos trámites son definitivos, dejando esa valoración al arbitrio de las mesas o los órganos de contratación, con merma igualmente del principio de igualdad de trato.

No se comparte la argumentación de la empresa adjudicataria sobre el carácter definitivo de la Auditoria en el procedimiento referido, siendo el certificado una mera constatación de la habilitación previa derivada del informe de Auditoria. El certificado del ENS no da fe que la habilitación se ha concedido y está en vigor, si así fuera retrotraería sus efectos a la superación de la auditoria, a semejanza de los títulos académicos que retrotraen sus efectos a la finalización de los estudios conducentes a su obtención. El propio certificado afirma: “fecha de certificación de conformidad inicial: 16/12/2021 “.

La Resolución de 27 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de Auditoría de la Seguridad de los Sistemas de Información (BOE de 3 de abril) acredita que el informe de auditoría no concluye el procedimiento, cuando afirma el contenido mínimo (muy extenso) que debe tener para “facilitar y justificar la decisión sobre certificación” (punto VI.7).

El punto 6.7(proceso de toma de decisiones) del procedimiento de certificación de ENS de Cámara Certifica expresa que a la vista de la auditoría y demás actuaciones el “Comité de Certificación decidirá sobre la concesión de la certificación”.

El certificado ENS no despliega efectos con fecha anterior a su expedición, el 16 de diciembre de 2021 en el caso, como corresponde al propio “iter” procedimental para su expedición, pues como dice la propia certificación de Cámara Certifica transcrita el equipo auditor “recomienda” la certificación, que requiere de la aprobación del Comité de Certificación y la emisión del certificado. Ni siquiera había concluido el expediente, que se encontraba pendiente, no solo de la emisión del certificado sino también de la aprobación del Comité citado.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

La única forma de acreditar la solvencia requerida antes del fin de la licitación es encontrarse en posesión del certificado requerido a tal fecha, no de estar en condiciones de obtenerlo.

A estos efectos es indiferente la parte del presupuesto del contrato que represente la prestación afectada por la certificación, independientemente que las condiciones de seguridad y fiabilidad a que refiere el certificado ENS no afectan por igual a todas las prestaciones objeto del contrato, siendo presumiblemente mayores en la migración de buzones de correos electrónicos, que es aquella parte a que afecta el certificado de marras.

Procede la estimación de este motivo y con ello del recurso especial en materia de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 de la empresa “ASAC COMUNICACIONES S.L. contra la adjudicación del “Contrato de suministro de “Licencias de Office 365” , Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, expediente 2020016SUM, anulando la adjudicación con retroacción de actuaciones.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 10378644573629181082 64