



**Recurso nº 956/2023**

**Resolución nº 1108/2023**

**Sección 2ª**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 07 de septiembre de 2023.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.C.C.C., en representación de la mercantil MULTIPLE STUDIO, S.L., contra la exclusión de la oferta presentada por ésta del procedimiento de licitación para la contratación de los *“Servicios de fotografía profesional, producción audiovisuales y edición digital”* convocada por la Entidad Pública Empresarial ENAIRE, expediente DNA 96/2023, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Dirección Económico-Financiera de la Entidad Pública Empresarial ENAIRE (en adelante, ENAIRE) convocó, a través de anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 30 de marzo de 2023, y en el DOUE de 31 de marzo siguiente, licitación relativa al contrato arriba identificado, con un valor estimado de 1.000.000 euros.

Y finalizado el plazo para la presentación de proposiciones, concurrieron un total de dos licitadores, uno de ellos la aquí recurrente.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), dado que aunque ENAIRE es una de las entidades sometidas al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, el contrato no se encuentra en el ámbito de una o más actividades contenidas



en los artículos 8 a 14 de dicho Real decreto-ley (conforme al artículo 1 del Real Decreto-Ley). De modo que, mediante la resolución aquí recurrida de la mesa de contratación de 15 de junio de 2023, se acordó la exclusión de la oferta presentada por la aquí recurrente, por no cumplir los criterios de exclusión fijados en los pliegos de la licitación, razonando el informe base de la exclusión que *“Las medidas de seguridad de los sistemas de esta empresa no se corresponden con los del ENS -Esquema nacional de Seguridad-. Por tanto, no cumple la exigencia de la DA de la LOPDGDD de diciembre de 2018”*.

**Tercero.** Contra el acuerdo de exclusión, que fue objeto de comunicación por correo electrónico el 19 de junio del corriente, se presentó, conforme al artículo 50 la LCSP, mediante escrito que fue presentado en el registro electrónico del ministerio de Hacienda y Función Pública el 5 de julio de 2023, recurso especial en materia de contratación, en el que se aduce que la causa de exclusión resulta, a la luz de una interpretación sistemática del Pliego de Cláusulas Particulares -en adelante PCP- apartado I y cláusula 9ª, con el Pliego de Prescripciones Técnicas -en adelante, PPT- apartado 17, de un excesivo rigor por cuanto tal y como establece la Cláusula 9ª *“ENAIRE podrá solicitar del concursante la justificación documental correspondiente o cuantas declaraciones complementarias considere precisas, antes de proceder a la adjudicación del contrato”*.

Además, prosigue el recurrente, tal y como se establece en dicha cláusula del Pliego, a partir del mes de mayo de 2024 (es decir, en el curso del primer año previsto de ejecución) la regulación de las medidas variará, una vez finalizado el período transitorio actualmente vigente, según el RD 311/2022, con lo que será preciso contar con nuevas auditorías bajo el nuevo modelo de Esquema Nacional de Seguridad.

Considerando el objeto del contrato, consistente en la prestación de *“servicios de fotografía profesional, producción de audiovisuales y edición digital”*, la decisión de excluir a la recurrente, dice el recurso, aun cuando se ha aportado un documento preceptivo de seguridad en materia de protección de datos, sin conceder la posibilidad de subsanación o complemento, entraña un considerable perjuicio económico que no se justifica dada la tramitación ordinaria del procedimiento, atendiendo al carácter subsanable del documento cuestionado y al número de participantes en el mismo.



En relación con este motivo se invoca el artículo 14 de la Constitución Española y la normativa sectorial, cuyo exponente máximo es la LCSP, que de manera expresa establece para los contratos de servicios la no exigibilidad de la clasificación del empresario, permitiéndose acreditar la solvencia técnica o financiera mediante la clasificación o el cumplimiento de los requisitos alternativos exigidos.

El artículo 47, número 1, letra b) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, dice el recurso, sanciona con la nulidad la actuación de las Administraciones Públicas que lesione los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, mientras que el artículo 48, número 1, se ocupa de la anulabilidad de la actividad administrativa que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyéndose expresamente la desviación de poder.

La decisión de exclusión de la recurrente, continúa el recurso, basada, según se dice en el Acuerdo impugnado, *“en un informe técnico elaborado por el equipo evaluador”* del que, siempre según la recurrente, no se ha dado traslado y por ende desconoce su contenido, comporta un grado de excesiva discrecionalidad y produce indefensión, por cuanto de la documentación aportada se desprende el cumplimiento de las condiciones necesarias para la confianza en el uso de los medios electrónicos.

Invoca que se le causa indefensión, al privársele de los medios de defensa o se limita su ejercicio en el curso de un proceso, produciendo un perjuicio definitivo en los derechos e intereses.

Añade que el artículo 34 de la LCSP, en el contexto de la libertad de pactos, establece que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, condiciones y cláusulas, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración, vulnerándose en el presente supuesto con la exclusión, por parte de la mesa de contratación el parámetro de la “buena administración” y se extralimita de lo que debería ser una interpretación restrictiva de las condiciones contenidas en los pliegos y prescripciones de contratación, toda vez que el objeto o fin del contrato, en síntesis la realización de videos corporativos, el rodaje con dron y el rodaje de eventos, no resulta perjudicado por el incumplimiento que se presume por el órgano de contratación.



Los principios inspiradores de la contratación administrativa de antiformalismo y de proporcionalidad demandan conferir un plazo para subsanar cualquier omisión, defecto o carencia en la documentación aportada, siendo la exclusión de todo licitador por causa de un defecto advertido en la documentación una medida excepcional en todo caso que ha de ser aplicada de forma estricta dado su carácter restrictivo de la concurrencia.

La argumentación expuesta en los anteriores párrafos, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, reguladora de la Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales, lleva a la conclusión de que la Mesa de Contratación debió conceder un plazo de subsanación de la proposición del aspirante excluido.

**Cuarto.** Con fecha 11 de julio de 2023, el órgano de contratación emitió el informe previsto en el artículo 56 de la LCSP, que analiza las alegaciones del recurso, apuntando, que debe partirse en primer lugar, del carácter de los pliegos de “lex contractus ” tanto para los poderes adjudicadores como para las empresas concurrentes a la licitación, ya que la presentación de la proposición *“supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, con arreglo al artículo 139.1 de la LCSP. Es también criterio consolidado la obligación a cargo de los licitadores de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los pliegos, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta.

Por otro lado, *“según la reiterada doctrina, el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato, y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador (resolución 89/2018 del OARC/KEAO). En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes al servicio objeto del contrato corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.1 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto (en este sentido, la Resolución 144/2019 del OARC/KEAO)”*.



A este respecto, entre los requerimientos técnicos necesarios para la presente licitación, estarían los referidos a la Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de Categoría Media u otros similares, y que el PCP en su punto I), exige por su importancia para la seguridad de la ejecución como criterio de exclusión:

*“Será motivo de exclusión de este proceso de contratación pública el no presentar al menos uno de los tres documentos detallados en el punto 17 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT)”.*

El apartado 17 del PPT citado, establece:

*El adjudicatario se obliga a cumplir con el contenido de la cláusula de protección de datos contenida en el Pliego de Cláusulas Particulares.*

*De conformidad con lo dispuesto en la DA1ª de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, sobre protección de datos y garantía de los derechos digitales, las empresas que deseen participar en el presente proceso de contratación pública deben cumplir el requisito consistente en que las medidas de seguridad que apliquen a sus tratamientos deben corresponderse con las de ENAIRE, es decir, con las del Esquema Nacional de Seguridad (ENS) en Categoría Media.*

*Dicha correspondencia se podrá acreditar mediante cualquiera de las siguientes:*

- Certificación en vigor en ENS.*
- Certificación en vigor en ISO27001 o 27701.*
- Informe de auditoría, de antigüedad no superior a dos años, elaborado, fechado y firmado, que acredite dicha correspondencia.*

*No obstante lo anterior, transcurrido el plazo de adaptación recogido en la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, a partir del próximo 3 de mayo de 2024, en cumplimiento de lo señalado en el citado Real Decreto y 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, el licitador que resulte*



*adjudicatario deberá presentar la correspondiente Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de Categoría Media”.*

Razona el órgano de contratación que si bien la obligatoriedad de acreditar la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de Categoría Media, de acuerdo con lo recogido en la Disposición transitoria Única del RD 311/2022, no es exigible hasta mayo de 2024, y no obstante lo cual, dado que, se trata de un servicio en el que se gestionan datos de carácter personal, y conforme a lo dispuesto en la DA 1ª de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, que establece que la empresa que resulte adjudicataria del servicio debe ser capaz de acreditar, que la seguridad de sus sistemas se corresponde con los de la Entidad Pública, en este caso ante ENAIRE, es decir con los del Esquema Nacional de Seguridad (ENS) en Categoría Media, el presente PCP, exige que el licitador acredite estar en posesión indistintamente, de al menos UNA de las tres opciones indicadas (certificación vigente en ENS, certificación vigente ISO27001 o informe de auditoría de antigüedad no superior a dos años, elaborado, fechado y firmado, por un auditor externo del que se desprenda, de forma clara y precisa, dicha correspondencia).

En el presente expediente, el licitador ahora recurrente, dice el órgano de contratación, *“aporta en su oferta para la acreditación del cumplimiento del apartado 17 del PPT, y por ende del Criterio de Exclusión 2, un Informe de Auditoría, que en su valoración por parte del equipo evaluador y responsable de los sistemas informáticos de ENAIRE, se consideró vago, ambiguo y no concluyente a la hora de acreditar la correspondencia con el ENS exigida por la Ley, considerando finalmente que la documentación presentada por MÚLTIPLE STUDIO S.L como evidencia de implementación de un nivel de seguridad equivalente al requerido por el Esquema Nacional de Seguridad en Categoría Media, no contempla todas las medidas de seguridad demandadas por la normativa, en su contenido principal y anexos, ni aporta evidencia alguna que lo sustente en dichos términos, ya que únicamente recoge y propone algunas medidas de seguridad (páginas 21 a 23 del documento “Manual LOPD”) un tanto vagas (“En la medida que pudiera resultar necesario, implantar...”), vinculadas bajo su criterio a la mitigación de los riesgos identificados, pero no asociadas a los controles establecidos por el ENS.*

*Conviene recordar en este punto, la obligatoriedad de que los sistemas de información de las empresas licitadoras mediante los cuáles presten sus servicios y/o se empleen para la gestión*



*de los equipos suministrados por las mismas, cumplan con las categorías (básica, media o alta) establecida para los sistemas y equipos de la entidad contratante, en nuestro caso de categoría Media, y se encuentren en disposición de poder acreditarlo.*

*A entender de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en su Informe 12/2020, de 2 de octubre, los órganos de contratación disponen de varios mecanismos para garantizar el cumplimiento del ENS. Por un lado, pueden incluir dicha exigencia en los pliegos como prescripción técnica, en la medida en que se trata de un requisito que define las características mínimas que ha de reunir un producto o servicio, o, por otro lado, puede configurarse como una condición de ejecución del contrato”.*

*Continúa el informe manifestando que con “Respecto a la posibilidad de subsanación de la oferta técnica, el Tribunal ha declarado que “no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (Resolución 94/2013)”.*

*Continúa el informe, “Por tanto, el análisis del caso que nos ocupa, al tratarse de una subsanación las ofertas técnicas o económicas presentadas, debe realizarse bajo el prisma de esa excepcionalidad. Efectivamente, como señala el recurrente, este Tribunal ha seguido en diversas ocasiones un criterio antiformalista en el análisis de las subsanaciones, pero este criterio basado en los principios de eficiencia del gasto y mejor oferta debe cohonestarse con los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores”.*

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal en fecha 6 de julio pasado dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.



**Sexto.** En fecha 13 de julio de 2023, la Secretaria General del Tribunal por delegación de éste, acordó la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 47.1 de la LCSP.

**Segundo.** La recurrente, no cabe duda de que ostenta legitimación para recurrir, en cuanto que, habiendo presentado oferta en la licitación fue excluida de ésta, por lo que una eventual estimación del presente recurso podría redundar en su provecho.

**Tercero.** Se recurre el acuerdo de la mesa de contratación, adoptado el 15 de junio de 2023, por el que se acordó la exclusión de la oferta presentada por la aquí recurrente, por no cumplir los criterios de exclusión en cuanto que según razona el informe base del indicado acuerdo que *“Las medidas de seguridad de los sistemas de esta empresa no se corresponden con los del ENS”*. El contrato tiene un valor estimado, de 1.000.000 euros, que lo hace susceptible de este recurso, conforme al artículo 44.1 a) de la LCSP. Se trata de un acto de trámite, el de exclusión que en cuanto que acto de trámite cualificado, puede ser objeto del presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 b).

**Cuarto.** Sobre si se ha cumplido el requisito de plazo para interposición del recurso, previsto en el artículo 50 de la LCSP, habida cuenta de las fechas expresadas en sede de antecedentes de hecho como de notificación del acuerdo de exclusión y de interposición del recurso, hay que llegar a una conclusión afirmativa.

**Quinto.** En cuanto al fondo del asunto, como está dicho, se basa el recurso en defender que procedía, con carácter previo a excluir a la recurrente, que se le hubiera requerido de subsanación su oferta en cuanto al motivo de exclusión de que las medidas de seguridad de los sistemas de esta empresa no se corresponden con los del ENS.



A este respecto, entre los requerimientos técnicos necesarios para la presente licitación, estarían los referidos a la Conformidad con el ENS de Categoría Media u otros similares, y que el PCP en su punto I), exige como criterio de exclusión:

*“Será motivo de exclusión de este proceso de contratación pública el no presentar al menos uno de los tres documentos detallados en el punto 17 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT)”*

El apartado 17 del PPT citado, establece:

*“El adjudicatario se obliga a cumplir con el contenido de la cláusula de protección de datos contenida en el Pliego de Cláusulas Particulares.*

*De conformidad con lo dispuesto en la DA1ª de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, sobre protección de datos y garantía de los derechos digitales, las empresas que deseen participar en el presente proceso de contratación pública deben cumplir el requisito consistente en que las medidas de seguridad que apliquen a sus tratamientos deben corresponderse con las de ENAIRE, es decir, con las del Esquema Nacional de Seguridad (ENS) en Categoría Media.*

*Dicha correspondencia se podrá acreditar mediante cualquiera de las siguientes:*

- Certificación en vigor en ENS.*
- Certificación en vigor en ISO27001 o 27701.*
- Informe de auditoría, de antigüedad no superior a dos años, elaborado, fechado y firmado, que acredite dicha correspondencia.*

*No obstante lo anterior, transcurrido el plazo de adaptación recogido en la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, a partir del próximo 3 de mayo de 2024, en cumplimiento de lo señalado en el citado Real Decreto y 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, el licitador que resulte adjudicatario deberá presentar la correspondiente Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de Categoría Media”.*



Razona el informe del órgano de contratación que el PCP, exige que el licitador acredite estar en posesión indistintamente, de al menos UNA de las tres opciones indicadas (certificación vigente en ENS, certificación vigente ISO27001 o informe de auditoría de antigüedad no superior a dos años, elaborado, fechado y firmado, por un auditor externo del que se desprenda, de forma clara y precisa, dicha correspondencia.

En el presente expediente, el licitador ahora recurrente, aporta en su oferta para la acreditación del cumplimiento del apartado 17 del PPT, y por ende del criterio de exclusión 2, un informe de auditoría, que en su valoración por parte del equipo evaluador y responsable de los sistemas informáticos de ENAIRE, se consideró vago, ambiguo y no concluyente a la hora de acreditar la correspondencia con el ENS exigida por la Ley, considerando finalmente que la documentación presentada por MÚLTIPLE STUDIO S.L (emisor del citado informe) como evidencia de implementación de un nivel de seguridad equivalente al requerido por el ENS en Categoría Media, no contempla todas las medidas de seguridad demandadas por la normativa, en su contenido principal y anexos, ni aporta evidencia alguna que lo sustente en dichos términos, ya que, se dice, únicamente recoge y propone algunas medidas de seguridad (páginas 21 a 23 del documento “Manual LOPD”) un tanto vagas (“En la medida que pudiera resultar necesario, implantar...”), vinculadas bajo su criterio a la mitigación de los riesgos identificados, pero no asociadas a los controles establecidos por el ENS.

Sostiene el informe del órgano de contratación que no procedía en contra de lo invocado por el recurrente, requerimiento de subsanación de su oferta, con base en que este Tribunal ha declarado que *“no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta”* (resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar *“aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”* (resolución 94/2013).



En cuanto a la posibilidad de subsanación o aclaración de los documentos presentados junto con la proposición, tiene este Tribunal elaborada una doctrina que se puede resumir, entre otras, en la resolución nº 380/2021, de 9 de abril, en la que señalamos lo siguiente:

*“(...) Es constante la doctrina de este Tribunal que, partiendo de los principios de la contratación del sector público, fundados en la igualdad y no discriminación entre las empresas concurrentes (artículos 1 y 132 de la LCSP) ha ido poniendo acotaciones en torno a las eventuales aclaraciones sobre las ofertas técnicas y/o económicas. En efecto, la subsanación estaría prevista para el caso de defectos que se aprecien en la documentación administrativa no en la oferta técnica o en la económica (por todas, Resolución nº 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resolución nº 74/2013, entre otras).*

*Respecto a la oferta técnica, este Tribunal ha declarado que: “no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).*

*Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (Resolución 94/2013).*

*Tampoco cabe la posibilidad de solicitar aclaración de la oferta, ya que habría supuesto una modificación de la misma, no permitida en la LCSP. En efecto, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras)”.*



Y así hizo el órgano de contratación, como expone en su informe sobre el recurso, que solicitó aclaraciones a la recurrente respecto de la documentación aportada para la acreditación del requisito exigido en el punto 17 del PPT y así la recurrente alegó lo que a su derecho convino para acreditar el cumplimiento de lo exigido en el citado pliego y pudo presentar la documentación que estimara oportuna. Por tanto, ninguna indefensión se la ha causado. Lo que no existe es un derecho subjetivo a la subsanación, como pretende la recurrente y, en este sentido, presentada ya la documentación acreditativa, la entidad contratante, acogándose a la posibilidad que la doctrina y la Jurisprudencia le confiere, estimó oportuno solicitar aclaraciones sobre dicha documentación y no otorgar un plazo de subsanación que podría permitir la presentación de nuevos documentos no presentados anteriormente en el término conferido y que supondría un trato discriminatorio con respecto al otro licitador que sí presentó en plazo y de manera correcta la acreditación del cumplimiento de las medidas de seguridad requeridas en el tratamiento de datos, asunto éste que, tras la lectura de los pliegos de la licitación en los que se regula ampliamente, se constata la especial preocupación en esta materia, dado la “sensibilidad” de los datos e imágenes que son objeto de la prestación del servicio en este contrato.

Pues bien, la entidad contratante, dentro de su innegable discrecionalidad técnica, analizó la documentación aportada y las alegaciones efectuadas por la recurrente y entendió que la misma no cumple con el requisito de que la seguridad de sus sistemas se corresponde con el Esquema Nacional de Seguridad, en su categoría MEDIA, y por tanto esto supone un incumplimiento acreditado del PPT, que debe determinar la confirmación de la exclusión de la proposición de la recurrente que ahora se impugna.

La recurrente no impugnó en el momento oportuno los requisitos de seguridad fijados en el apartado 10 del PPT (también es cierto que ahora no los cuestiona en el recurso) y al presentar la proposición, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 LCSP, estaba obligado a cumplirlos sin reservas ni condiciones y, además, debía saber que el apartado I del PCP, establecía en el apartado I, denominado “criterios de exclusión”, que el criterio nº 2 determinaba claramente que era causa de exclusión “*No presentar al menos 1 de los documentos recogidos en el apartado 17 Protección de datos del PPT*”, que es lo que precisamente imputa la entidad contratante a la proposición de la recurrente en el acto que se recurre adoptado en base a un informe técnico de 8 de junio de 2023.

Tanto el informe técnico citado, como el acto que se recurre, se ha constatado que fueron publicados, ambos, en la Plataforma de Contratación del Sector Público con bastante anterioridad a que se presentara el recurso que se analiza ahora, por lo que tampoco cabe alegar indefensión y en cuanto a la motivación, aunque escueta, estimamos suficiente.

Lo alegado por la entidad contratante como motivo de exclusión se ajusta a los márgenes de la discrecionalidad técnica que posee en el análisis y valoración de las ofertas y que este Tribunal no puede corregir, no sólo porque carece de los conocimientos técnicos en una materia, además, muy especializada, sino porque también su análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla (resolución 361/2022, de 17 de marzo de 2022, entre otras muchas), no existiendo con respecto a dichos extremos nada reproachable a juicio de este Tribunal, lo que conduce a la desestimación del recurso.

En este sentido, sobre las consecuencias del incumplimiento de prescripciones técnicas establecidas en los PPT, que en este caso se ha constatado, hemos de partir de la doctrina reiterada de este Tribunal sobre el carácter que tienen los Pliegos y que constituyen la “*lex contractus*” de la licitación, de forma que vinculan a los licitadores y a la Administración. Así, la reciente Resolución 693/2023 de 30 de mayo, en sintonía con otra tantas de este Tribunal, concluimos:

*“Hemos de partir del carácter preceptivo de unos pliegos que gozan de la eficacia de lex contractus y que, además, no han sido recurridos en tiempo y forma por las licitadoras afectadas, por lo que gozan además de las notas propias de la firmeza administrativa. Recordemos el valor vinculante de los Pliegos, auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para la Administración convocante sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, con especial intensidad en las empresas licitadoras concurrentes”.*

En relación con los PPT, la resolución continuaba afirmando lo siguiente: “*Asimismo, este Tribunal ha venido declarando en reiteradas ocasiones que el carácter preceptivo de los pliegos, es igualmente respecto de los pliegos de prescripciones técnicas o demás documentos contractuales de naturaleza similar, “en la medida en que en ellos se establecen*



*las características y condiciones de la prestación objeto del contrato” (Resolución 787/2022). De hecho, la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento de los pliegos, está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.*

(...)

*“La falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación, por tanto, debe aparejar la exclusión del licitador, siempre y cuando concurran las premisas que la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales han ido fijando: que tal incumplimiento sea expreso (no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las exigencias mínimas técnicas) y claro (debe referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos).”*

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Desestimar el presente recurso interpuesto por D. J.C.C.C., en representación de la mercantil MULTIPLE STUDIO, S.L., S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 15 de junio de 2023, relativo a la exclusión de la oferta presentada por ésta del procedimiento de licitación para la contratación de los “servicios de fotografía profesional, producción audiovisuales y edición digital” de la Entidad Pública Empresarial ENAIRE.



**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES