



Expediente 4/2020

Materia: Artículo 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Tratamiento de datos personales por el contratista.

ANTECEDENTES

La Diputación de Valencia plantea una consulta ante esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La nueva redacción dada por el RD Ley 14/2019 al artículo 122.2 de la LCSP determina la obligación de recoger en los pliegos de aquellos contratos cuya ejecución requiera el tratamiento de datos personales por el contratista por cuenta del responsable del tratamiento las siguientes obligaciones esenciales que deberán configurarse como posible causa de resolución:

1 - Obligación de la empresa adjudicataria de presentar, antes de la formalización del contrato, una declaración en la que ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos.

Esta previsión nos plantea problemas de aplicación en caso de incumplimiento ya que al exigirse antes de la formalización del contrato no parece posible su resolución dado que no se ha formalizado y, por ende, no se ha perfeccionado. Entendemos que no parece factible dicha resolución a la vista del artículo 36 de la LCSP, que establece la perfección del contrato en el momento de su formalización y que parece entrar en contradicción con el RD Ley 14/2019.

Por todo ello se plantean las siguientes cuestiones:

a) Plazo de aportación previo a la formalización: Frente a los contratos sujetos a recurso especial, en los cuales parece adecuado solicitar el documento en el



plazo de carencia de la formalización, coincidente con el de interposición del recurso, en los contratos no sujetos a recurso especial: dado que el contrato se pone a disposición del adjudicatario para su firma electrónica en sede electrónica ¿deberíamos no “subir” el contrato para su firma hasta el momento de aportación, con lo que obviamente se acorta el plazo de 15 días hábiles para proceder a la misma?

b) ¿Sería posible, en lugar de proceder a la resolución caso de no aportación aplicar por analogía los efectos del artículo 153.4?

c) ¿Sería posible pese a la redacción del 122.2 requerir dicha documentación al primer clasificado y propuesto en la adjudicación, lo cual facilitaría la gestión del expediente?.

En otro caso ¿Sería posible exigirlo en el contrato y no antes de la formalización para que pudiera entrar en juego como obligación esencial y causa de resolución? En caso afirmativo, ¿sería posible entender que la obligación esencial se refiere no tanto a la presentación formal de dicha declaración sino a efectivamente incumplir la misma en ejecución de la prestación?

d) Caso de imposibilidad de lo previsto en el apartado 1. c) anterior ¿sería posible la formalización del contrato, aunque no lo hubiera presentado?

e) ¿Es posible la subsanación de dicho documento en el caso, p.ej. ya no solo de meros defectos u omisiones formales tales como la falta de firma del mismo por representante legal sino sustanciales, ¿p.ej. incumplimiento de la normativa de protección de datos por indicar el alojamiento de los mismos fuera del territorio de la UE o países con idéntica protección conforme a los listados publicados por la Agencia de Protección de Datos?

2.- Obligación de los licitadores de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos, los subcontratistas a quienes vayan a encomendar su realización.



a) *¿Resultaría más adecuada la exclusión por la no determinación en la oferta o sería subsanable? ¿sería aconsejable la previsión de la consecuencia de no determinación en los pliegos?*

b) *¿No resultaría más adecuado considerar que dicha mención a “oferta” podría entenderse una referencia al DEUC y, caso de contestación afirmativa al recurso de la subcontratación para este supuesto, pedir igualmente el DEUC de los subcontratistas?*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Las cuestiones que nos plantea la entidad consultante se refieren a la redacción dada al artículo 122 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), por el Real Decreto Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

El mencionado precepto, en el apartado 2, dispone lo siguiente:

“Los pliegos deberán mencionar expresamente la obligación del futuro contratista de respetar la normativa vigente en materia de protección de datos.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en aquellos contratos cuya ejecución requiera el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, adicionalmente en el pliego se hará constar:



a) La finalidad para la cual se cederán dichos datos.

b) La obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del apartado 1 del artículo 202.

c) La obligación de la empresa adjudicataria de presentar antes de la formalización del contrato una declaración en la que ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos.

d) La obligación de comunicar cualquier cambio que se produzca, a lo largo de la vida del contrato, de la información facilitada en la declaración a que se refiere la letra c) anterior.

e) La obligación de los licitadores de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos, el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

En los pliegos correspondientes a los contratos a que se refiere el párrafo anterior las obligaciones recogidas en las letras a) a e) anteriores en todo caso deberán ser calificadas como esenciales a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211.”

2. Parece claro que la finalidad perseguida por el Real Decreto Ley 14/2019 es coordinar la aplicación de la LCSP y la legislación especial en materia de protección de datos personales, evitando que datos especialmente sensibles y relevantes puedan ser objeto de una difusión indebida o, incluso, de una manipulación irregular por quienes tengan acceso a ellos. Esta finalidad resulta especialmente importante cuando son los propios órganos de la Administración los que, mediante un contrato público, permiten en determinados casos que el tratamiento de datos personales por



cuenta del responsable del tratamiento corresponda a las empresas adjudicatarias de aquellos. En estos casos resulta necesario que se garantice el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, que aluden, entre otras cosas, a los responsables o encargados del tratamiento no establecidos en la Unión y a la sujeción al Derecho de la UE del tratamiento de datos por el encargado de los mismos. También es menester citar el artículo 46 bis de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

3. La primera cuestión a que alude la consulta tiene relación con la letra c) del artículo 122.2 de la LCSP que alude al plazo de aportación de la declaración sobre ubicación de los servidores.

La norma legal es clara al consignar que tal declaración habrá de presentarse antes de la formalización del contrato. Nada hay en el precepto que permita colegir que la obligación de presentar dicha declaración haya de ser postergada a la fase de ejecución del contrato, siendo clara y unívoca la voluntad del legislador de vincular la aportación de ese documento a un momento anterior a la formalización del contrato.

Como posteriormente analizaremos, aunque la redacción del precepto pudo ser, sin duda, más precisa, el hecho de que se atribuya a esta obligación de aportación documental el carácter de obligación esencial a los efectos de la posible resolución del contrato, no implica una alteración del aspecto temporal de cumplimiento de la obligación, que claramente determina la ley, con independencia de que los efectos del posible incumplimiento de los aspectos sustantivos o materiales de la declaración efectuada puedan suponer el grave efecto que supone la finalización del contrato.

Por tanto, la obligación de aportar una declaración sobre la ubicación de los servidores debe cumplirse en el periodo que media entre la adjudicación del contrato y su formalización. Ello excluye la posibilidad de que el órgano de contratación exija



dicha documentación al que todavía no es adjudicatario del contrato, sin perjuicio de que éste pueda aportarla voluntariamente antes de resultar adjudicatario como mecanismo *ad cautelam*. Tampoco resulta posible retrasar su exigencia a un momento posterior a la formalización, pues ello contradiría claramente el tenor de la norma enjuiciada.

4. Directamente relacionado con lo anterior se nos plantea si el documento de formalización de los contratos no sujetos a recurso especial debería estar disponible en sede electrónica, para su firma, solo cuando se hubiera verificado la aportación de la declaración a que se refiere el artículo 122 de la LCSP, aunque ello implique un acortamiento del plazo.

Hemos podido comprobar ya que la LCSP exige la presentación de la declaración sobre ubicación de los servidores con anterioridad a la formalización del contrato y que tal exigencia alcanza a *“la empresa adjudicataria.”* En consecuencia, se trata de un acto que temporalmente es posterior a la adjudicación del contrato, pero previo a la formalización del mismo, no pudiendo alterarse el orden que establece la norma con carácter preceptivo. En el caso de los contratos que no están sujetos a un recurso especial el artículo 153.3 último párrafo señala que *“la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.”* Por lógica congruencia, y aunque el precepto legal no sea preciso en este aspecto, parece evidente que con el fin de garantizar el cumplimiento de la regla que venimos analizando y de hacerlo de la forma más rápida y segura jurídicamente, al notificar la adjudicación del contrato a quien haya sido seleccionado como contratista habrá de requerírsele también la aportación de la declaración sobre la ubicación de los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos, concediéndole un plazo menor a esos quince días para que proceda a la aportación de aquella. Por analogía con lo establecido en el artículo 141.2 de la LCSP tal plazo puede ser perfectamente el de tres días naturales. De este modo no se mermará el plazo máximo establecido para la formalización del contrato y se garantiza el cumplimiento de la nueva obligación legal.



En el caso de la tramitación electrónica del procedimiento la reforma legal impone también que se separen los dos actos a que venimos aludiendo: el trámite de aportación de la declaración y, posteriormente, la formalización *stricto sensu*. La forma de llevarlo a efecto dependerá del sistema o plataforma que se emplee en cada caso.

5. En su siguiente cuestión plantea la entidad consultante si sería posible, en lugar de proceder a la resolución en caso de no aportación de la declaración, aplicar por analogía los efectos del artículo 153.4. Este precepto señala que cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado se le exigirá el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, y el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas.

La cuestión es pertinente puesto que el tenor del precepto legal, interpretado literalmente, supone atribuir efectos resolutorios, propios de la fase de ejecución del contrato, a un acto que es anterior a la propia existencia del mismo como es el cumplimiento de la obligación de declaración sobre la ubicación de los servidores, cosa que no es congruente con la propia naturaleza de cada una de las fases propias del contrato público. Sin embargo, como es conocido, no siempre la interpretación más literal y rígida es la que revela el verdadero significado de un precepto. En este caso, parece claro que la finalidad de la norma es dotar de una enorme relevancia al incumplimiento de la regla durante la ejecución del contrato, sin precisar qué ocurre en caso de incumplimiento de la obligación en su aspecto puramente adjetivo o formal. Por eso, los efectos que el precepto prevé para el incumplimiento no pueden referirse a la fase de aportación del documento o a la obligación de declaración en sentido propio, aspecto que, como inmediatamente veremos, ha de controlarse en la fase previa a la formalización, sino al aspecto de fondo o material del cumplimiento de lo declarado.

Por congruencia con el anterior razonamiento debemos diferenciar dos posibles incumplimientos respecto de lo dispuesto en el artículo 122.2 c) de la LCSP:



1. El incumplimiento de la obligación de presentar la declaración relativa a la ubicación de los servidores.
2. El incumplimiento de lo declarado, bien por falsedad o por alguna otra circunstancia,

- El primero de los dos incumplimientos deberá seguir los trámites que son habituales en la fase de selección del contratista, al configurarse el cumplimiento de la obligación en su aspecto formal como un requisito previo a la formalización del contrato, siendo ello así aunque la ley no lo diga expresamente. No tendría ningún sentido desde el punto de vista jurídico que se autorizase la formalización de un contrato afectado de antemano por una causa legal de resolución del mismo ni que se resolviese el contrato ya formalizado porque ello implicaría volver a comenzar la licitación desde el principio, lo que tampoco sería lógico.

Por tanto, si el adjudicatario no ha procedido a aportar la documentación requerida en el plazo indicado, procederá la aplicación de lo dispuesto en el artículo 153.4 de la LCSP, al tratarse claramente de un supuesto en que la formalización del contrato no se ha podido realizar por causas imputables al adjudicatario del mismo.

Si, por el contrario, el adjudicatario ha aportado la documentación, pero ésta adolece de un defecto subsanable, habrá de concedérsele un plazo, necesariamente breve, para la subsanación. Si en ese plazo concedido no procediese a la subsanación, de nuevo se aplicará lo dispuesto en el artículo 153.4 de la LCSP.

Finalmente, si la aportación fuese correcta, se procederá a la formalización del contrato.

- El segundo incumplimiento es el que tiene lugar o se detecta durante la fase de ejecución del contrato y se refiere a la realidad de lo declarado por el adjudicatario en una declaración formalmente correcta. El incumplimiento en este caso lleva aparejada la consecuencia de la resolución del contrato al tratarse de una obligación contractual esencial. Tal conclusión es perfectamente congruente con el artículo 202.1 de la LCSP, que señala que en los pliegos correspondientes a los contratos cuya



ejecución implique la cesión de datos por las entidades del sector público al contratista, será obligatorio el establecimiento de una condición especial de ejecución que haga referencia a la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, advirtiéndosele también de que dicha obligación tiene el carácter de obligación contractual esencial, según lo dispuesto en la letra f) del artículo 211.1.

6. Sobre la declaración de ubicación de los servidores se nos plantea finalmente si sería posible la subsanación de dicho documento en el caso de defectos sustanciales del mismo.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha fijado una doctrina constante (Informe 85 /2018 y 47/2009, entre otros) similar a la del TACRC (por ejemplo, en la Resolución 976/2017) conforme a la cual *“puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado, -se refiere al momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones- no existe de manera indudable”*. Es decir, lo que se puede subsanar es la acreditación de la concurrencia del requisito, no su concurrencia misma, de modo que solo cabe subsanar defectos formales y no materiales, puesto que la subsanación de defectos materiales quebrantaría la preceptiva igualdad entre de los licitadores.

Difícilmente cabría calificar como puramente formal la infracción de los aspectos sustantivos de la legislación sobre protección de datos, incluido desde luego el Reglamento comunitario, o del propio artículo 46 bis de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige que los sistemas de tratamiento de datos personales se ubiquen y presten dentro del territorio de la Unión Europea. Por tanto, desde el punto de vista sustantivo la obligación de cumplir esta normativa tiene el carácter de no subsanable y su incumplimiento en la fase de ejecución del contrato determina la resolución del mismo conforme a lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211.



7. El segundo bloque de preguntas formuladas por la Diputación de Valencia gira en torno a las dificultades interpretativas que se les presentan con relación a la interpretación de lo dispuesto en la letra e) del artículo 122.2 de la LCSP.

La primera de ellas plantea si es subsanable la obligación de los licitadores de indicar en su oferta si tienen previsto subcontratar los servidores o los servidores asociados a los mismos -obligación comprensiva de la indicación del nombre o el perfil empresarial definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización-.

Los términos en que cabe la subsanación de la proposición del interesado, que acabamos de citar en la anterior consideración jurídica, son perfectamente aplicables a esta cuestión. Como todas las restantes obligaciones a que se refiere el artículo 122.2 de la LCSP, ésta debe constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, razón por la cual vincula al licitador que haya presentado su proposición. De este modo, ha de ser cumplida por el mismo. Un error puramente formal podrá ser subsanado. Por el contrario, la plena omisión de la indicación en la oferta o el incumplimiento material de la regla del pliego no será subsanable y supondrá la exclusión del licitador.

8. Se nos plantea a continuación la conveniencia de prever en los pliegos de cláusulas administrativas particulares las consecuencias para los licitadores de no indicar en sus ofertas si tienen previsto subcontratar los servidores o los servidores asociados a los mismos.

Como ya hemos visto, es la propia LCSP la que exige que conste expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares la obligación que estamos tratando. En cuanto a los efectos del incumplimiento de la obligación en la fase de adjudicación del contrato, corresponderá a quien asuma la redacción de los pliegos decidir el modo en que se reflejarán las consecuencias derivadas de su inobservancia, consecuencias que ya hemos tratado en el expositivo anterior.

9. La entidad consultante nos plantea finalmente si no resultaría más adecuado considerar que la mención al término “*oferta*” que se hace en el artículo 122.2 e) de



la LCSP no podría entenderse como una referencia al Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).

En la letra D del apartado II del modelo de DEUC figura la información relativa a los subcontratistas a cuya capacidad no recurra el licitador del contrato. Técnicamente el tratamiento de los datos que asume el contratista en ejecución del contrato forma parte del mismo, razón por la cual la subcontratación de una entidad para realizar dicho tratamiento de datos supone subcontratar una parte de la prestación. En este sentido en el DEUC, en el apartado señalado, habría que hacer referencia a la circunstancia señalada.

Resulta, por otra parte, obvio que el DEUC forma parte de la documentación que compone la proposición u oferta del licitador, razón por la cual si el DEUC incluye los datos mencionados en el artículo 122, de modo que el órgano de contratación puede comprobar el cumplimiento del requisito legal, no existe ningún inconveniente desde el punto de vista legal para su admisión. Tampoco parece que exista inconveniente para que tal información se proporcione de manera separada.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

1. El artículo 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, obliga a que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se mencione expresamente la obligación del futuro contratista de respetar la normativa vigente en materia de protección de datos, debiendo constar, asimismo, de forma expresa, las obligaciones consignadas en los literales a) a e) y su condición de esenciales, con las consecuencias previstas en el artículo 211.1.f) de la Ley.



2. La obligación prevista en el literal c) del artículo 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, debe interpretarse en el sentido de que:
3. La declaración sobre ubicación de los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos debe aportarse antes de la formalización del contrato, siendo su presentación imprescindible para que el contrato pueda perfeccionarse.
4. Aquellos contratos no sujetos al recurso especial previsto en la ley, deberán ponerse a disposición del adjudicatario para su firma electrónica en el momento en que se aporte la declaración sobre ubicación de los servidores.
5. Si antes de la formalización del contrato la empresa adjudicataria no aporta la declaración sobre la ubicación de los servidores, se entenderá que el contrato no puede formalizarse por una causa que le es imputable, procediéndose conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 153 y adjudicándose el contrato al siguiente licitador, por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas.
6. La posibilidad de subsanación de defectos u omisiones en la declaración sobre localización de los servidores será necesariamente distinta según éstos sean formales o sustanciales. A los de carácter formal les serán de aplicación los criterios generales sobre subsanación establecidos en la legislación específica (Art. 141.2 LCSP) y en la general -en lo que no resulte contradictorio con aquella- (Arts. 66, 68 y concordantes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, LRJPAC). Los sustanciales, al afectar a una obligación esencial, no son subsanables.



7. La obligación de presentar una declaración sobre la localización de los servidores afecta exclusivamente a quien resulte adjudicatario del contrato, no siendo exigible al resto de licitadores.

8. La obligación de los licitadores de indicar en su oferta si tienen previsto subcontratar los servidores o los servidores asociados a los mismos, prevista en el literal e) del artículo 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, tiene carácter esencial, no siendo subsanable su omisión y debiendo procederse, en caso de inobservancia, a la exclusión del licitador.

9. En el caso de que el DEUC incluya los datos mencionados en el artículo 122.2 e), al formar parte de la documentación que compone la proposición u oferta del licitador, no existe ningún inconveniente desde el punto de vista legal para su admisión. Tampoco parece que exista inconveniente para que tal información se proporcione de manera separada.