



Recurso nº 1511/2023

Resolución nº 1635/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.R.A., en representación de la mercantil DESTRUCCIÓN CONFIDENCIAL DE DOCUMENTACIÓN, S.A., contra los pliegos del procedimiento *“Servicio de destrucción confidencial de documentación y gestión integral de residuos en los Servicios Centrales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias”*, con expediente 020020230101, convocado por la Subdirección General de Planificación y Gestión Económica de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En la tramitación de este recurso se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Tal y como resulta del expediente, la Subdirección General de Planificación y Gestión Económica convocó licitación por procedimiento abierto simplificado, ordinario y no sujeto a regulación armonizada, de conformidad con los artículos 19 y 22 de la LCSP, para la contratación del servicio de destrucción confidencial de documentación y gestión integral



de residuos en los Servicios Centrales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

El anuncio de licitación, publicado en la plataforma de contratación en fecha 17 de octubre de 2023, junto con el PPT y el PCAP, fijaba un plazo de presentación de ofertas que expiró el día 6 de noviembre de 2023 a las 19.00 h (documento 4 expediente). La recurrente se presenta a la licitación, junto con otra licitadora, tal y como consta en la lista de licitadores aportada por el órgano de contratación (documento 13 del expediente).

Segundo. En fecha 6 de noviembre de 2023, la empresa DESTRUCCIÓN CONFIDENCIAL DE DOCUMENTACIÓN, S.A, presenta recurso especial en materia de contratación, en el que, tras los hechos y fundamentos que recoge el mismo, alega, en síntesis, que considera nulos de pleno derecho los pliegos de este contrato porque, en tanto la recogida, transporte y destrucción de documentación son formas de tratamiento de datos de acuerdo con lo establecido por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, los Pliegos deben ajustarse a la normativa vigente sobre protección de datos.

Tercero. El órgano de contratación responde a estas cuestiones en el Informe obrante en el documento 2 del expediente remitido a este Tribunal, de conformidad con el artículo 56.2 de la LCSP, de fecha 23 de noviembre de 2023, cuyo contenido dispone, respecto de las cuestiones planteadas que no puede prosperar el recurso interpuesto por los motivos expuestos en su escrito, al que nos remitimos, alegando, en esencia, que no es de aplicación la normativa de protección de datos al presente contrato.

Cuarto. En fecha 27 de noviembre de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, no habiendo hecho uso de su derecho ninguna de las licitadoras.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 23 de noviembre de 2023 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que quedará afectado el



plazo de presentación de ofertas, 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. La competencia para resolver los presentes recursos corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 45 LCSP.

Segundo. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50.1, a) de la LCSP, ya que los Pliegos impugnados se publicaron en la Plataforma en fecha 17 de octubre de 2023, y el presente recurso especial fue interpuesto el día 6 de noviembre de 2023.

Tercero. Se ha presentado recurso en relación con un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 € (artículo 44.1 a) de la LCSP), susceptible por ello de enjuiciamiento por este Tribunal, y se refiere, igualmente, a una actuación impugnada ex artículo 44.2 a) del mismo cuerpo legal, pues el acto recurrido son los pliegos del contrato, siendo por ello susceptible de ser impugnado por medio del presente recurso especial.

Cuarto. Con relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. En el presente caso, el recurso se interpone por una licitadora que ha presentado oferta, tal y como se deduce del expediente administrativo, por el certificado expedido al efecto (documento 13 del expediente), por lo que ha de reconocérsele legitimación para recurrir, ya que la determinación de la necesidad de cumplir o no con la normativa de protección de datos, afecta a la cualificación de las empresas licitadoras, colocándolas entre sí en una posición de mayor o menor ventaja o idoneidad, extremo que alega en su favor la empresa recurrente.



Quinto. Entrando a resolver las cuestiones objeto del presente recurso especial, tenemos que el debate se centra, exclusivamente, en la posible irregularidad de los pliegos impugnados, por no venir consignado en éstos cláusula específica en materia de la necesidad del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales. Más concretamente, el recurrente considera que existe una incongruencia clara entre la naturaleza de las prestaciones objeto del contrato y la configuración contractual diseñada por los pliegos a la luz de la normativa de protección de datos, ya que, tanto el PPT como el cuadro de características del PCAP declaran que el contrato no supone un supuesto de tratamiento de datos personales, aunque, para el recurrente de las propias circunstancias del contrato se deduce claramente que las prestaciones sí suponen tratamiento de datos; ya que el adjudicatario se compromete a recoger, transportar y destruir datos personales y ello son actividades que se subsumen dentro del concepto legal de tratamiento de datos, siendo evidente que los datos generados por el órgano administrativo son, por propia naturaleza, de carácter personal.

El órgano de contratación, por su parte, sostiene la tesis contraria, ya que considera que el objeto de este contrato no puede entenderse como un tratamiento de datos personales a los efectos de la LO 3/2018 ni de la LO 7/2021, por lo que no serán aplicables las disposiciones de estas normas en lo relativo al Esquema Nacional de Seguridad, al que hacen referencia la Disposición adicional primera de la LO 3/2018 y el artículo 37 de la LO 7/2021 y que se recogen en el recurso. Defiende que la empresa que resultase adjudicataria debería cumplir con las medidas de seguridad y confidencialidad que se le exigen en el pliego y el PPT, de forma que, no teniendo acceso el contratista a datos de carácter personal, no sería preciso ajustarse a la legislación en esta materia.

Este Tribunal adelanta que asiste la razón al recurrente y que, por tanto, el recurso ha de ser estimado. Para poder alcanzar tal conclusión de forma motivada debemos hacer un análisis comparativo entre las prestaciones objeto del presente contrato, y la normativa en materia de protección de datos personales, para poder analizar si aquellas entran dentro del ámbito de protección de ésta, y, por tanto, los Pliegos, en su contenido mínimo y esencial, debieron hacer referencia a la necesidad del cumplimiento de la normativa de protección de datos en la forma, extensión y contenido a que se refiere el artículo 122.2 de la LCSP, que impone, que contenido mínimo del contrato ha de integrar lo siguiente,



cuando proceda: *“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, 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”.

Pues bien, el objeto específico del presente contrato de servicios se define en el los apartados 1º y 2º del PPT, en los que se dispone que *“el objeto consiste en garantizar, mediante una empresa especializada, el servicio de recogida, transporte y destrucción*



confidencial de papel y documentación generada en los Servicios Centrales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (...)”, añadiéndose que el servicio de destrucción confidencial incluirá cualquier soporte de información confidencial, sea electrónico o no.

Aunque no resulta una cuestión controvertida, pues el propio pliego hace referencia al carácter confidencial de los datos o material objeto de destrucción por el servicio que se contrata, es evidente que la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, se genera documentos con datos de carácter personal de carácter sensible, sobre personas ingresadas o salientes de algún centro penitenciario, así como datos relativos a cada uno de ellos, que constarán en los expedientes y documentación que se quiere destruir, de ahí el carácter confidencial que exige el órgano de contratación, y que se pretende que tenga la totalidad del servicio en todas sus fases: recogida, transporte y destrucción. A este respecto, el art. 4 del RGPD define al dato personal como *“toda información sobre una persona física identificada o identificable ; se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”* .

Ello es así también por cuanto la cláusula 18ª del PCAP fija las obligaciones genéricas en materia de seguridad y confidencialidad, así como las obligaciones que impone el propio pliego en cuanto ello, pero si referencia alguna ni en el PPT ni en el PCAP a la obligación o sometimiento del contratista a la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, extremo que niega el órgano de contratación en su informe de recurso especial, afirmando que no tiene la mencionada obligación.

Sin embargo, examinada la normativa en la materia, ha de concluirse que el pliego debió hacer mención a tal sujeción, en el contenido mínimo del contrato, de conformidad con lo establecido en el art. 122 de la LCSP. Efectivamente, los artículos 2.1 de la LOPD (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), y del RGPD disponen que *“El presente Reglamento (o la presente LOPD) se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así*



como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero". En cuanto a qué ha de entenderse por "tratamiento de datos", éste se encuentra definido legalmente en el artículo 4.2 RGPD de la siguiente forma (el subrayado es nuestro): "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción".

De lo anterior se deduce claramente que un servicio de recogida, transporte y destrucción de documentación confidencial del tipo de la que emana del órgano de contratación ha de tener la consideración de actividad en la que se involucra o requiere tratamiento de datos, pues esos datos están en el soporte físico, la documentación, a la que tiene que acceder el contratista en ejecución del contrato (art. 122 LCSP), y por ello, deberá ser de aplicación la normativa en materia de protección de datos de carácter personal. El órgano de contratación no puede pretender que la confidencialidad, o la protección de los datos contenidos en la documentación objeto del servicio que licita, dependa exclusivamente de las garantías o requisitos que él mismo establece en los pliegos al margen de la propia LCSP, y de la normativa especial, nacional y europea aplicable en la materia.

Por lo expuesto, este motivo de impugnación debe ser acogido, debiendo el órgano de contratación incluir en los pliegos las obligaciones que respecto del tratamiento de datos de carácter personal exige el artículo 122 de la LCSP, sin necesidad de entrar en el resto de las cuestiones planteadas, ya que será la aplicación de tal normativa la que garantice el cumplimiento de las exigencias de protección, en los términos que la misma establezca. El artículo 39.2.h) de la LCSP establece como causa de nulidad radical *"la falta de mención en los pliegos de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122"*, por lo que ha de procederse a la retroacción del procedimiento hasta el momento anterior a la aprobación de los pliegos, y la de todos aquellos actos de trámite que vulneren el contenido de las cuestiones tratadas en el presente recurso.

Por todo lo anterior,



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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. C.R.A., en representación de la mercantil DESTRUCCIÓN CONFIDENCIAL DE DOCUMENTACIÓN, S.A., contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de destrucción confidencial de documentación y gestión integral de residuos en los Servicios Centrales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias*”, con expediente 020020230101, convocado por la Subdirección General de Planificación y Gestión Económica de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y anular los pliegos. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 de la LCSP, la anulación de los pliegos determina la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

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