



Recurso nº 1548/2023

Resolución nº 1676/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C.R.A., en representación de DESTRUCCIÓN CONFIDENCIAL DE DOCUMENTACIÓN S.A., contra el acuerdo del Delegado Especial de 5 de octubre de 2023, de adjudicación y contra la formalización del contrato del procedimiento “*Servicio de recogida y destrucción para su reciclaje de varios tipos de residuos en los centros de trabajo dependientes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la provincia de Barcelona*”, con expediente 23A90053300, convocado por la Delegación Especial de la AEAT en Cataluña; de acuerdo con 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), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 29 de junio de 2023, la Delegación especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), publicó en el perfil del contratante sito en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la licitación del contrato “nº 23A90053300 cuyo objeto es el “*Servicio de recogida y destrucción para su reciclaje de varios tipos de residuos en los centros de trabajo dependientes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la provincia de Barcelona*”. El valor estimado del contrato es de 138.727,26 €, habiéndose licitado mediante



escogido el procedimiento abierto simplificado y tramitación tramitándose con carácter ordinario.

Segundo. – El 9 de octubre de 2023 se publicó a través de la plataforma de contratación del sector público el anuncio de adjudicación de contrato, rectificado el día 11 de octubre de 2023, resultando adjudicataria la empresa DESTRUPAPER, S.L. con la que se formalizó el contrato el 10 de octubre de 2023.

Tercero. El 30 de octubre de 2023, la empresa DESTRUCCIÓN CONFIDENCIAL DE DOCUMENTACIÓN S.A. presenta recurso contra el acuerdo de adjudicación en base a que la empresa adjudicataria no cuenta con el certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad y solicita la anulación del acuerdo de adjudicación por considerar que concurre causa de exclusión en el adjudicatario.

Cuarto. Con fecha 20 de noviembre de 2023, se comunicó el recurso a los interesados, presentando alegaciones la empresa DESTRUPAPER, S.L, adjudicataria del contrato. También se ha presentado el correspondiente informe del órgano de contratación. En ambos casos, se oponen a la estimación del recurso.

Quinto. Por la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, en fecha 23 de noviembre de 2023 se adoptó el acuerdo de mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de 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 (LCSP en adelante), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente, para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo los artículos 45 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales,



aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), por tratarse el órgano de contratación, a estos efectos, de un poder adjudicador.

Segundo. El acto recurrido se incardina en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, cuyos actos son recurribles a tenor de lo dispuesto por el artículo 44.1.a) de la LCSP.

El acto recurrido es la adjudicación del contrato, recurrible a tenor de lo dispuesto por el artículo 44.2.c) de la LCSP.

El acto objeto del recurso es apto para su impugnación en cuanto se refiere a la adjudicación de un contrato de servicios -44.2. LCSP- por un valor estimado superior a 100.000 euros conforme al artículo 44.1ª) LCSP. Como se expresará más adelante, a estos efectos, no resulta relevante el hecho de que el contrato haya sido formalizado un día después de su adjudicación puesto que lo que se impugna en tiempo y forma es el acto de adjudicación.

Tercero. 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”. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la ahora recurrente concurrió a la licitación y ha quedado clasificada en segundo lugar. Por tanto, se trata de un licitador que no ha resultado adjudicatario del procedimiento de licitación, pero que podría serlo de estimarse su recurso, con lo que es titular de un interés legítimo (la eventual adjudicación del contrato) que se ve afectado por el acuerdo de adjudicación recurrido.

Cuarto. El acto recurrido fue notificado a la recurrente el 11 de octubre. El recurso fue presentado en el Registro electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública el 30 de octubre de 2023, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 50.1 de la LCSP, debe reputarse interpuesto en plazo.

Quinto. La empresa recurrente alega en su escrito que “el quid de la cuestión recae sobre el hecho de que el órgano de contratación adjudicó el contrato a una empresa que no dispone del Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad (“ENS”). En este



contrato, le es exigible a los licitadores cumplir con las directrices del ENS por dos razones. En primer lugar, por imperativo legal de la normativa de protección de datos. De las prestaciones objeto del contrato destacan la recogida y destrucción de papel y soportes magnéticos de información (entre otros) generados por los edificios administrativos de la Agencia Tributaria ubicados en la provincia de Barcelona. Entonces, la destrucción incluye datos personales muy sensibles de los contribuyentes. Por tanto, el PCAP califica las prestaciones como un supuesto de tratamiento de datos y el PPT exige que el servicio se ejecute de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante: “LOPD-GDD”). Concretamente, el acuerdo infringió la disposición adicional primera de la LOPD-GDD. Este precepto establece las medidas de seguridad en la protección de los datos personales en la contratación pública en dos grandes bloques de medidas. Por un lado, las que correspondan a la Administración de origen. En este caso, la política de seguridad de la información de la Agencia Tributaria está ajustada al ENS. Por otro lado, las propias directrices del Esquema Nacional de Seguridad. Su exigencia deriva directamente de la normativa. Asimismo, su cumplimiento se materializa mediante el deber de exhibir el Certificado de Conformidad (...)”.

Subraya el recurso también que “DESTRUCCIÓN CONFIDENCIAL DE DOCUMENTACIÓN, S.A., (abreviada como “DCD”), preguntó mediante la herramienta “solicitar información” de la PLACSP sobre si la empresa que resultase adjudicataria debía estar en posesión del Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad para poder llevar a cabo la destrucción. El sentido literal de la pregunta fue:

Buenos días, en el pliego de prescripciones técnicas, en el apartado “2. CONTENIDO DEL SERVICIO”, se hace referencia al cumplimiento de los preceptos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y por lo tanto al RGPD 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 a la libre circulación de estos datos. Por tanto, al tratamiento de destrucción objeto del contrato le sería de aplicación la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales “En los casos en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, las medidas de seguridad se corresponderán



con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad”. Rogamos nos confirmen que en aplicación de la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad en su apartado “VII. Soluciones y servicios prestados por el sector privado”, punto VII.1 “Cuando los operadores del sector privado presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas, a los que resulte exigible el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad, deberán estar en condiciones de exhibir el correspondiente Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad (...)” utilizando los mismos procedimientos que los exigidos en esta Instrucción Técnica de Seguridad para las entidades públicas” la empresa adjudicataria de este contrato debe estar en posesión del Certificado de Conformidad para poder llevar a cabo este tratamiento de destrucción. Gracias de antemano”.

A ello, la respuesta del órgano de contratación fue afirmativa. Respondió que el adjudicatario sí debía estar en posesión del Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad. El sentido literal de la respuesta fue:

“Buenos días, Remitida su consulta a la Unidad peticionaria - Unidad Regional de Bienes y Servicios - contesta: “Debe disponer del Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad”.

La respuesta fue publicada en la PLACSP el 7 de julio de 2023, siete días antes de la finalización del plazo para presentación de ofertas. Además, en ese momento, todavía no se había presentado ninguna proposición. La entrada de las ofertas de los tres licitadores fue posterior al 7 de julio de 2023. La respuesta es directa, categórica y tajante. No da lugar a dudas. El órgano de contratación sentó un criterio interpretativo por el que el futuro adjudicatario debía disponer del Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad”

Reconociéndose en el recurso que “los pliegos no aclaran sobre si las respuestas tienen carácter vinculante o no, una interpretación rígida e inflexible de la Ley no puede habilitar conductas de la Administración contrarias a los principios constitucionales”, para finalizar afirmando que “el órgano de contratación no puede actuar en contra del criterio interpretativo sentido”.



Alega también un vicio formal en el procedimiento de contratación ya que, como se expone en los antecedentes de hecho, la AEAT formalizó el contrato sin esperar los 15 días previstos desde su adjudicación exigidos por el artículo 153.3 LCSP.

El recurso vincula todo ello con el objeto del contrato - la realización del servicio de recogida y destrucción, para su posterior reciclaje, de los residuos generados por los centros de trabajo dependientes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la provincia de Barcelona- y en la forma en que debe procederse a la destrucción de, entre otros, “datos personales sensibles de los contribuyentes”.

Destaca el recurrente que el objeto contractual se vincula en el recurso con la cláusula 16ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -PCAP en adelante- (págs. 27 y 28) que “declara que las prestaciones objeto del contrato son un supuesto de tratamiento de datos de carácter personal, debido a las circunstancias del contrato. Asimismo, la cláusula 4ª del PCAP (pág. 5) precisa enfáticamente que resulta de aplicación la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos. Por su parte, el apartado 2.3 del PPT (pág. 2) prescribe que las prestaciones de los servicios deben adecuarse específicamente a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante: “LOPD-GDD”), al señalar: “Las prestaciones de los servicios por el adjudicatario se realizarán de acuerdo a las especificaciones de los reglamentos, directrices, normas o recomendaciones, tanto de carácter general, comunitario, nacional, autonómico o local, en especial se aplicará lo previsto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y demás normas de desarrollo aplicables a la misma”. Por esta razón, el PCAP impone al contratista una batería de medidas para garantizar la confidencialidad y seguridad en el tratamiento de los datos personales”

Así las cosas -concluye el recurso-, “el problema deriva de que la empresa adjudicataria no cuenta con el Certificado de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad”.

Sexto. Por su parte, la empresa adjudicataria DESTRUCCIÓN CONFIDENCIAL DE DOCUMENTACIÓN, SA, alega que la empresa recurrente debía haber impugnado los pliegos de licitación “a pesar de que en modo alguno exigen la presentación del Certificado en



cuestión de manera simultánea a la formulación de ofertas, ni tampoco en cuanto a la documentación que es necesario aportar tras la adjudicación provisional (la señalada en la Cláusula XI del PCAP), y, sin embargo, pretende ahora su impugnación indirecta de forma extemporánea, tal y como se infiere del contenido del propio Recurso.

En este sentido, la Cláusula XVI PCAP, bajo la rúbrica de “Cláusula de Protección de Datos de Carácter Personal”, establece los requisitos y procedimientos sobre esta materia, sin que se atisbe siquiera la exigencia de disponer del Certificado que ahora nos ocupa, sino que, muy al contrario, reseña las obligaciones que se deben cumplir durante la ejecución del contrato, y, de hecho, el Apdo. 16.4.7 señala literalmente que: “Aplicar las medidas de seguridad implantadas por la Agencia Tributaria dentro del marco de su Sistema de Gestión de la Seguridad de la Información y garantizar que el personal a su servicio se compromete, de forma expresa y por escrito, a respetar la confidencialidad y a cumplir las medidas de seguridad correspondientes, de las cuales se les informará convenientemente”.

La empresa considera que no es aplicable la doctrina sobre actos propios en la medida en que los pliegos no atribuyen carácter vinculante a las respuestas proporcionadas por el órgano de contratación a las cuestiones que se le plantean, invocando el artículo 138.3 LCSP.

Reconoce no poseer el Certificado de Esquema Nacional de Seguridad, pero afirma que dispondrá del mismo en la fase de ejecución del contrato, aunque, insiste, los pliegos no exigen esta condición.

Séptimo. Por su parte el órgano de contratación, en su informe, expresa la inutilidad por las características reales del objeto contractual, de “la carencia por parte del nuevo adjudicatario del requisito formal de estar en posesión del certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad - se apoya en hacer descansar toda la parte sustantiva del recurso en la exigencia de un documento cuya utilidad práctica por el material al que afecta - el informático - es prácticamente irrelevante en el objeto de este contrato”. Se afirma seguidamente que “entiende esta parte que la exclusión del adjudicatario, pretendida por el recurrente, resulta completamente desproporcionada, ya que la adjudicataria ha presentado oferta de conformidad con los pliegos que rigen la licitación del contrato”. Niega el órgano de contratación que exista un incumplimiento de lo establecido en los pliegos, aportando doctrina



de este Tribunal y concluye que: “en el supuesto que durante la ejecución del presente contrato se entregasen para destrucción soportes magnéticos de información (discos, CD’s, memorias USB, etc...), sería cuando el órgano de contratación debería proceder a comprobar el requisito técnico exigido”. Finalmente afirma que “este órgano de contratación, una vez ha tenido conocimiento de la presentación del recurso, recabó a la empresa DESTRUPAPER, S.L., toda aquella documentación habilitante para la realización del servicio objeto del contrato, incluida aquella que se encuentra en fase de tramitación. La empresa ha aportado diferentes certificaciones sobre sistema de gestión de calidad (UNE-EN ISO 9001:2015), de gestión ambiental (UNE-EN ISO 14001:2015), pero en especial conviene resaltar la UNE-EN 15713:2010 que hace referencia al proceso de gestión y control de la destrucción de material que maneje información sensible o confidencial y la UNE-EN ISO/IEC 27001:2017 relativa a la tecnología de la información sobre gestión de técnicas de seguridad y sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información. En concreto, esta última certificación, la UNE-EN ISO/IEC 27001:2017, resulta de especial relevancia pues tiene contenido similar o equivalente al certificado del Esquema Nacional de Seguridad (ENS) (...) para finalizar con la cuestión de los certificados, también es de especial importancia resaltar, que “DESTRUPAPER, S.L. ha aportado un PRE-CERTIFICADO en el ESQUEMA NACIONAL DE SEGURIDAD (ENS), de fecha 10-07-2023, mediante el cual se constata que la citada empresa en el momento de presentación de su oferta (13-07-2023) ya estaba en proceso de tramitación de la norma de referencia”.

Octavo. A la vista de las posiciones de las partes, este Tribunal identifica las siguientes cuestiones que deben abordarse para resolver el recurso. La primera y fundamental es la constatación de si existe o no una obligación en los pliegos de disponer tanto en el momento de finalización de la presentación de las ofertas como en el momento de acreditación de medios personales y materiales para la ejecución del contrato del certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad a los efectos de la correcta adjudicación del contrato.

La cláusula XVI (cláusula de protección de datos de carácter personal) del PCAP incorpora, en línea con lo preceptuado por el artículo 122.2 de la LCSP, las obligaciones del contratista en materia de protección de datos de carácter personal. Entre las obligaciones que se imponen a aquel no figura que disponga del Esquema Nacional de Seguridad, aunque si debe “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 de la LCSP”.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD en adelante) establece, en su Disposición adicional primera las medidas de seguridad en el ámbito del sector público en materia de protección de datos personales. Dice,

1. El Esquema Nacional de Seguridad incluirá las medidas que deban implantarse en caso de tratamiento de datos personales para evitar su pérdida, alteración o acceso no autorizado, adaptando los criterios de determinación del riesgo en el tratamiento de los datos a lo establecido en el artículo 32 del Reglamento (UE) 2016/679.
2. Los responsables enumerados en el artículo 77.1 de esta ley orgánica deberán aplicar a los tratamientos de datos personales las medidas de seguridad que correspondan de las previstas en el Esquema Nacional de Seguridad, así como impulsar un grado de implementación de medidas equivalentes en las empresas o fundaciones vinculadas a los mismos sujetas al Derecho privado.

En los casos en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, las medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad.

En desarrollo de la previsión referida, el artículo 3 del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad (RDENS en adelante) establece los requerimientos de seguridad de los sistemas de información que traten datos personales. Dice (el subrayado es nuestro),

1. Cuando un sistema de información trate datos personales le será de aplicación lo dispuesto en el 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 a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, o, en su

caso, 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, el resto de normativa de aplicación, así como los criterios que se establezcan por la Agencia Española de Protección de Datos o en su ámbito competencial, por las autoridades autonómicas de protección de datos, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el presente real decreto.

2. En estos supuestos, el responsable o el encargado del tratamiento, asesorado por el delegado de protección de datos, realizarán un análisis de riesgos conforme al artículo 24 del Reglamento General de Protección de Datos y, en los supuestos de su artículo 35, una evaluación de impacto en la protección de datos.

3. En todo caso, prevalecerán las medidas a implantar como consecuencia del análisis de riesgos y, en su caso, de la evaluación de impacto a los que se refiere el apartado anterior, en caso de resultar agravadas respecto de las previstas en el presente real decreto.

El Anexo IV del RDENS define el “sistema de información” en los siguientes términos,

(...) cualquiera de los elementos siguientes:

1.º Las redes de comunicaciones electrónicas que utilice la entidad del ámbito de aplicación de este real decreto sobre las que posea capacidad de gestión.

2.º Todo dispositivo o grupo de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, en el que uno o varios de ellos realicen, mediante un programa, el tratamiento automático de datos digitales.

3.º Los datos digitales almacenados, tratados, recuperados o transmitidos mediante los elementos contemplados en los números 1.º y 2.º anteriores, incluidos los necesarios para el funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento de dichos elementos.

Por último, y en cuanto a la aplicación del ENS a las entidades del sector privado, el artículo 2.3 del RDENS determina lo siguiente,



Este real decreto también se aplica a los sistemas de información de las entidades del sector privado, incluida la obligación de contar con la política de seguridad a que se refiere el artículo 12, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable y en virtud de una relación contractual, presten servicios o provean soluciones a las entidades del sector público para el ejercicio por estas de sus competencias y potestades administrativas.

(...)

Los pliegos de prescripciones administrativas o técnicas de los contratos que celebren las entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto contemplarán todos aquellos requisitos necesarios para asegurar la conformidad con el ENS de los sistemas de información en los que se sustenten los servicios prestados por los contratistas, tales como la presentación de las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad con el ENS.

Esta cautela se extenderá también a la cadena de suministro de dichos contratistas, en la medida que sea necesario y de acuerdo con los resultados del correspondiente análisis de riesgos.

En definitiva, la certificación prevista en el artículo 38 del RDENS es exigible a los sistemas de información de entidades privadas, cuando vayan a prestar servicios o proveer soluciones a las entidades del sector público. A tal efecto, los pliegos contemplarán los requisitos necesarios para asegurar la conformidad con el ENS. La previsión del artículo 3 del RDENS es aplicable, por lo tanto, cuando, además de darse las circunstancias referidas, el sistema de información del contratista trate datos personales.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT en adelante) del contrato establece, en su apartado 1.1 que su objeto es “(...) definir las condiciones técnicas que regirán en la contratación del servicio de recogida, transporte, gestión y tratamiento selectivo de los varios tipos de residuos existentes en: ☐ Los edificios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la provincia de Barcelona (en adelante AEAT) reflejados en los Anexos I y II. ☐ Los edificios de la AEAT en la provincia de Barcelona en los que se iniciase actividades de servicio público durante el período del contrato.

De las prescripciones del PPT no se deduce que deba realizarse tratamiento alguno de datos personales mediante un sistema de información para la ejecución del contrato. Así se deduce, sin lugar a dudas, del apartado 2 del PPT (condiciones del servicio) en el que únicamente se contempla un tratamiento físico (la destrucción de papel y soportes de datos sensibles – apartado 2.4 del PPT-) que en ningún caso conlleva ni el acceso a los sistemas de información del órgano de contratación, ni el tratamiento de los datos de carácter personal recogidos en los soportes referidos en los del contratista. Coherentemente con ello, el requisito de certificación en el ENS no aparece reflejado en los Pliegos. Por lo tanto, la falta de tal requisito no puede ser considerado un motivo de exclusión.

Pues bien, este Tribunal entiende que tal requisito no aparece reflejado en los pliegos en ninguno de los dos casos. De la lectura de la cláusula XVI del Pliego de cláusulas administrativas se deduce claramente una serie de obligaciones en materia de protección de datos, en los términos expuestos por la empresa recurrente, pero que afectan a la ejecución del contrato no a su adjudicación. Por otra parte, en la cláusula 2.2 del Pliego de prescripciones técnicas se afirma que “las prestaciones de los servicios por el adjudicatario se realizarán de acuerdo a las especificaciones de los reglamentos, directrices, normas o recomendaciones, tanto de carácter general, comunitario, nacional, autonómico o local, en especial se aplicará lo previsto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y demás normas de desarrollo aplicables a la misma.”

En ambas cláusulas, las exigencias de seguridad en el tratamiento de los datos, como la que acredita estar en posesión del certificado de conformidad con el esquema nacional de seguridad, se establecen como requisito de ejecución del contrato que deberá cumplir la entidad adjudicataria, no como requisito para la adjudicación.

En consecuencia, la no disposición por parte de la empresa adjudicataria del contrato, en el momento de la adjudicación, del certificado de conformidad con el esquema nacional de seguridad no afecta a su validez. Cuestión distinta es su exigibilidad en la fase de ejecución del contrato, cuestión sobre la que este Tribunal no puede pronunciarse por carecer de competencia para ello.



Noveno. En segundo lugar, debe abordarse el carácter vinculante o no de la respuesta a la pregunta planteada por la empresa recurrente al órgano de contratación, en los términos antes descritos. Debe reconocerse que la respuesta del órgano de contratación (documento número 11 del expediente), a la pregunta formulada permite deducir que la disposición del certificado de conformidad con el esquema nacional de seguridad es un requisito exigible en la fase de adjudicación del contrato. Sin embargo, respecto de esta respuesta que indudablemente podría llevar a confusión a los licitadores, deben afirmarse dos cosas. La primera, que en ningún lugar de los pliegos de licitación se establece el carácter vinculante de las respuestas a las preguntas formuladas ante el órgano de contratación. Por otra parte, atribuir carácter vinculante a esta respuesta implicaría la modificación de los pliegos, puesto que, se reitera, en ningún lugar de ellos se establece como requisito en fase de adjudicación del contrato de la disponibilidad de certificado de conformidad con el esquema nacional de seguridad.

Este resultado de modificación de los pliegos a través de la contestación no vinculante a una pregunta no puede ser admitido. A estos efectos puede citarse, por todas, la doctrina contenida en la Resolución nº 706/2023, de 8 de junio, cuando afirma que “incluso las respuestas vinculantes no pueden ser un medio de modificación de los pliegos, contradiciéndolos, como adelantamos. Pero si aun así se considerase posible esa posibilidad indirecta de alteración del pliego vía las respuestas de aclaración, mucho menos cabe darse si tales respuestas no son vinculantes. Y en este caso, las respuestas dadas en este procedimiento no son vinculantes, pues los pliegos de cláusulas administrativas particulares no lo indicaron así de forma expresa. Por tanto, la respuesta dada en este caso no tenía la virtualidad de modificar en ningún caso los pliegos como “lex contractus”, porque en principio el pliego no se puede modificar de tal modo (cabe ser interpretado de modo vinculante o no)”.

Por otro lado, y en lo referido a la aplicación de la doctrina de los actos propios, sobre esta cuestión nos hemos pronunciado en el pasado con argumentos que son plenamente aplicables al presente recurso. En nuestra Resolución 890/2022 de 14 de julio (que invoca la Resolución 879/2022 de la misma fecha) dijimos que el principio de confianza legítima tiene su límite en la Ley, de forma que, trasladando el principio al supuesto que nos ocupa, no puede el recurrente pretender ampararse en actuaciones previas del órgano de contratación cuando, como hemos considerado en el Fundamento de Derecho anterior, vulneran lo previsto en los Pliegos, que no requieren certificación en el ENS.



Procede, por lo tanto, desestimar el argumento.

Y no concurren los supuestos que podrían producir la consecuencia de la anulación de la licitación por cuanto no se acredita que se haya perjudicado el interés de la empresa recurrente, por, por ejemplo, haberle inducido a presentar una propuesta contraria a los pliegos que hubiera causado su exclusión.

Décimo. Se alza el recurrente, por último, contra la formalización del contrato, que entiende nula al no haber respetado el órgano de contratación el plazo para la formalización del contrato contemplado en el artículo 153.3 de la LCSP.

Según hemos dicho (Resoluciones 1203/2018 de 28 de diciembre, 1486/2021 de 29 de octubre o 133/2022 de 3 de febrero), la formalización del contrato, en cuanto acto posterior a la adjudicación que perfecciona el contrato, no se encuentra contemplada como acto susceptible de recurso especial en materia de contratación en el artículo 44.2 de la LCSP, por lo que procede inadmitir el recurso contra aquella.

Finalmente, debe abordarse la actuación del órgano de contratación que, sin esperar al plazo de 15 días establecido en el artículo 153. 3 LCSP, ha procedido al día siguiente de la adjudicación del contrato a su formalización. No cabe duda de la irregularidad de esta actuación, pero lo que en esta sede procede plantearse es si esta irregularidad tiene carácter invalidante. Así se produciría si, por ejemplo, la actuación administrativa hubiera causado indefensión a la parte recurrente. Sin embargo, este no es el caso pues la parte recurrente ha podido impugnar el acto de adjudicación y por parte de este Tribunal se ha acordado la medida de suspensión de la tramitación del procedimiento por lo que la irregularidad cometida no ha producido indefensión a la entidad recurrente. La empresa recurrente ha podido ejercer su derecho al recurso contra el acto de adjudicación.

Por todas estas razones, este Tribunal concluye que el recurso debe ser desestimado.

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 recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C.R.A., en representación de DESTRUCCIÓN CONFIDENCIAL DE DOCUMENTACIÓN S.A., contra el acuerdo del Delegado Especial de 5 de octubre de 2023, de adjudicación del procedimiento “*Servicio de recogida y destrucción para su reciclaje de varios tipos de residuos en los centros de trabajo dependientes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la provincia de Barcelona*”, con expediente 23A90053300, convocado por la Delegación Especial de la AEAT en Cataluña e inadmitir el interpuesto contra la formalización del contrato, al amparo de lo dispuesto por el artículo 55.c) de la LCSP.

Segundo. El levantamiento de la medida de suspensión adoptada.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en 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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES