

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de diciembre de 2020.

VISTA la reclamación interpuesta por la representación de la empresa Mailteck, S.A., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de octubre de 2020, por la que se acuerda no tomar en consideración la oferta de la reclamante propuesta como adjudicataria, en el procedimiento de licitación del contrato “Servicios de impresión, ensobrado y acabado de documentos del Canal Isabel II”, Expediente 132/2018, este Tribunal ha acordado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 29 de enero de 2019, y en el DOUE de 24 del mismo mes, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 3.062.114,37 euros y su duración es de 4 años.

Segundo.- Mesa de Contratación celebrada el 16 de diciembre de 2019 acordó por unanimidad proponer como adjudicataria del contrato a la empresa reclamante.

Con fecha 18 de diciembre de 2019, fue aceptada la referida propuesta de adjudicación por el Vicepresidente Ejecutivo y, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 13 del PCAP, el día 2 de enero de 2020 se requirió a la empresa propuesta para que, dentro del plazo de diez días hábiles, presentase la documentación requerida en dicha cláusula, así como constituyera la garantía referida en la Cláusula 15 del PCAP.

La recurrente presentó la documentación y la garantía mencionada anteriormente, procediendo la Mesa de Contratación a comprobar si dicha documentación y garantía cumplían con los requisitos exigidos en el PCAP. A estos efectos, procedió al estudio de la documentación administrativa aportada y del informe sobre el análisis de la documentación de selección cualitativa técnica o profesional presentada suscrito por el Coordinador de Proyectos de la Subdirección de Sistemas Informáticos con fecha 9 de octubre de 2020.

Por las razones referidas en el citado informe, la mesa de contratación entendió que cumplía los requisitos de selección cualitativa técnica o profesional exigidos en el PCAP si bien, al haber acreditado la empresa propuesta como adjudicataria parte de los referidos requisitos relativos a la puesta a disposición de medios personales y materiales mediante acuerdos o servicios con terceras empresas, se solicitó análisis a la Delegada de Protección de Datos de Canal de Isabel II, S.A. sobre el cumplimiento de los requisitos de protección de datos en relación con dichos acuerdos y contratos con terceros.

En el informe suscrito por la Delegada de Protección de Datos de Canal de Isabel II, con fecha 14 de julio de 2020, se analizó la documentación relativa a la protección de datos aportada por la recurrente, solicitándose el 27 de agosto de

2020 subsanación de los defectos encontrados en relación al cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Una vez analizada la documentación aportada por la recurrente para subsanar la documentación presentada, de conformidad con el informe suscrito por la Delegada de Protección de Datos, con fecha 23 de septiembre de 2020, se concluye que no ha subsanado los defectos relativos al cumplimiento de la normativa de Protección de Datos, incumpliendo la Cláusula 32 del PCAP relativa a Confidencialidad, información no publicable y protección de datos.

En base a lo anterior, la mesa de contratación de 21 de octubre de 2020 acuerda no tomar en consideración la oferta de la recurrente.

Tercero.- El 6 de noviembre de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal reclamación formulada por la representación de la empresa MAILTECK, S.A contra el acuerdo de la mesa de contratación de no tomar en consideración la oferta de la recurrente propuesta como adjudicataria.

Cuarto.- El expediente de contratación se rige por Ley 31/2007, de 30 de octubre, en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera 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 (RDLSE), sin perjuicio de que a la tramitación de la Reclamación le sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse dictado el acto objeto de reclamación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la citada disposición transitoria.

El artículo 121.1 del mencionado Real Decreto-Ley establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones

que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Quinto.- El 24 de noviembre de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, de conformidad con el artículo 56.2 de la LCSP, solicitando la desestimación del recurso.

Sexto.- El contrato se encuentra suspendido por acuerdo de este Tribunal de fecha 13 de noviembre de 2020.

Séptimo.- El 3 de diciembre de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno. Con fecha 14 de diciembre de 2020, la empresa SERVIMFORM S.A, presentó alegaciones oponiéndose a la estimación de la reclamación en los términos que se expondrán en el Fundamento de Derecho Quinto.

Octavo.- Con fecha 19 de noviembre de 2020, la empresa TELEMAL S.L solicitó se le diera trámite de alegaciones, solicitud que será analizada en el Fundamento de Derecho Sexto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula 1.1 del Pliego de Condiciones establece que *“el contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los trasportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado”*.

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 120 y siguientes del RDLSE.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, de acuerdo con el Artículo 48 de la LCSP, a la que se remite el artículo 121 del RDLSE.

Asimismo, se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Tercero.- El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto del RDLSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1: *“b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos”*. El acto es susceptible de reclamación a tenor de los artículos 119.2. b) del citado RDLSE.

Cuarto.- La reclamación se ha interpuesto contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de octubre de 2020, publicado el día 22 del mismo mes, por lo que la reclamación se ha presentado dentro del plazo legal de 15 días previsto en el artículo 50.1 de LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo del asunto el reclamante fundamenta su reclamación en los siguientes motivos:

1. El requerimiento de subsanación relativo a cuestiones en materia de protección de datos no procede en este momento.
2. El cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos es una cuestión de ejecución del contrato.
3. Existe vulneración del principio de proporcionalidad y de competencia del artículo 19 de la LCSP.
4. La reclamante cumple los requisitos exigidos en el PCAP y en la normativa europea de protección de datos.

Se va a proceder al análisis conjunto de los dos primeros motivos, ya que están íntimamente conectados, ya que, si fuera procedente la subsanación en ese momento procedimental, circunstancia que pone en cuestión el recurrente, obviamente deberían cumplirse esos requisitos en ese momento y no en la fase posterior a la adjudicación.

5.1- Respecto al primer motivo, la reclamante considera que la cláusula 13ª del PCAP, relativo a la acreditación de la capacidad para contratar y efectos de la propuesta de adjudicación, especifica qué documentos tiene que presentar como oferta económicamente más ventajosa calificada así por la Mesa de contratación. De la lectura de esa cláusula, se deduce que en ninguna parte dice expresamente qué tipo de documentación tiene que presentar en materia de protección de datos en general ni lo relativo a la transferencia de datos a terceros países ni a la autorización para subcontratar por parte de Canal de Isabel II en particular. Por ello, la Mesa de contratación ha actuado y decidido en contra de lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) al incorporar una exigencia precontractual que no está recogida en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Sostiene que la cláusula del PCAP a la que aluden en el requerimiento de subsanación y cumplimiento de lo requerido es lo establecido en su cláusula 32ª,

relativo a una obligación del contrato, propia de la ejecución. Las únicas justificaciones documentales que exige el PCAP que rige el contrato se encuentran en sus cláusula 5ª y 11ª y se refieren a la solvencia técnica o profesional económica o financiera y a otros requisitos relacionados con la adscripción de medios al objeto del contrato y ninguno de ellos se refiere a las cuestiones relativas a los requerimientos de documentación que solicita la Mesa de contratación, la justificación de las transferencias internacionales a terceros países y la autorización de posibles subcontratistas.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que la mesa de contratación requirió a la reclamante para que presentase la documentación exigida en la cláusula 13 del PCAP y para que constituyera la garantía referida en la cláusula 15 del mismo. En el punto 4 de dicha cláusula, se indica como documentación a aportar por el licitador propuesto como adjudicatario la acreditación de los criterios de selección relacionados en el apartado 5 del Anexo I del PCAP. Asimismo, en el punto 6 de la citada cláusula 13 se indica que se deberá aportar en su caso la documentación acreditativa de la efectiva disposición de medios que el licitador se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato. En este sentido, en el apartado 5.3 del Anexo I del PCAP se solicita el compromiso de adscripción de un Centro de Impresión y Ensobrado y un Centro Alternativo de Respaldo a la ejecución del contrato. Entiende que, de conformidad con el apartado 5.3 del Anexo I del PCAP el Centro Principal deberá entregar los documentos diarios imprimidos, ensobrados y acabados en ejecución del contrato, por lo que existe tratamiento de datos de carácter personal en dichas actividades y, en consecuencia, debe analizarse el cumplimiento de los requisitos que para dicho tratamiento se han establecido en la cláusula 32 del PCAP. De igual modo, deben comprobarse dichos requisitos para el Centro de Respaldo.

Por su parte, la empresa SERVINFORM en sus alegaciones manifiesta que la documentación solicitada a la reclamante por la Mesa de Contratación, sobre el cumplimiento de las exigencias establecidas en la cláusula 32 del PCAP, relativa a la

confidencialidad, información no publicable y protección de datos, trae causa del compromiso de adscripción de medios materiales y personales aportado por la sociedad con su oferta. La acreditación de la efectiva disposición de los citados medios y del cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos se debe realizar con carácter previo a la adjudicación. Señala que, en cualquier caso, es un hecho incuestionable que la reclamante no cumplió con el requerimiento de documentación previa a la adjudicación realizado por la Mesa de contratación, a pesar de los trámites de aclaración y subsanación concedidos a la recurrente, lo que necesariamente comporta su exclusión de la licitación.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar las disposiciones que el PCAP establece al respecto.

La cláusula 13 del PCAP *“Acreditación de la capacidad para contratar y efectos de la propuesta de adjudicación.*

(...)

4) *Criterios de selección cualitativa de los operadores económicos.*

Los licitadores deberán acreditar el cumplimiento de los criterios de selección que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el apartado 5 del Anexo 1, en los términos y por los medios establecidos en dicho apartado.

(...)

6) *Garantía definitiva y disposición de medios adscritos al contrato.*

Asimismo, se presentará la documentación acreditativa de la constitución de la garantía definitiva referida en la cláusula 15 y, en su caso, la documentación acreditativa de la efectiva disposición de los medios que se hubiese comprometido a dedicar a adscribir a la ejecución del Contrato”.

Anexo I apartado 5.3 *“1- Los licitadores deberán presentar documentación que acredite que en caso de resultar adjudicatarios dispondrán de un Centro de Impresión y Ensobrado (en adelante “Centro Principal”), con capacidad suficiente*

para la impresión, plegado, manipulado y ensobrado de 60.000 documentos diarios, cuya titularidad corresponda a la empresa licitadora.

Dicho Centro Principal deberá entregar los documentos diarios imprimidos, ensobrados y acabados en ejecución del Contrato, a centro de administración masiva de Correos de Madrid, a los efectos de que, toda vez que los envíos de Canal de Isabel II, S.A. se realizan dentro la Comunidad de Madrid, aplique la tarifa local de Correos, y no la tarifa interprovincial para cada envío, que es muy superior.

2- Los licitadores deberán disponer de un Centro Alternativo de respaldo con procedimiento de actuación probado frente a contingencias. El centro alternativo deberá tener capacidad suficiente para la impresión, plegado, manipulado y ensobrado de 60.000 documentos diarios, así como las mismas comunicaciones y sistemas informáticos del Centro Principal, para poder recibir y enviar la información de/a Canal de Isabel II, S.A.

A estos efectos, para acreditar los dos requisitos mencionados anteriormente, los licitadores deberán presentar uno de los dos documentos siguientes en relación a cada Centro:

a) En el caso de disponer del Centro Principal y del Centro Alternativo de respaldo en el momento de la presentación de la oferta: Documento acreditativo de la titularidad del Centro Principal y del Centro Alternativo de respaldo con las características referidas en el presente apartado (factura de compra, contrato o cualquier otro título válido en Derecho).

b) En el caso de no disponer del Centro Principal y del Centro Alternativo de respaldo en el momento de la presentación de la oferta: Compromiso que para la ejecución del contrato dispondrán del Centro Principal y del centro de respaldo con las características referidas en el presente apartado firmado tanto por el licitador como por la entidad que ponga a su disposición el mismo (contrato, precontrato o cualquier otro título válido en Derecho).

Asimismo, en relación al Centro Alternativo de respaldo, a la documentación anterior deberá acompañarse el Plan de contingencia del licitador con escenarios de recuperación locales y, también, situaciones de recuperación frente a un desastre

total en el Centro Principal de impresión, donde se describa el procedimiento de actuación, y pruebas que se realizan periódicamente.

Los licitadores deberán disponer del siguiente equipamiento en su Centro Principal:

a. Equipos de impresión en full-color con capacidad de impresión a doble cara, y una capacidad mínima de impresión 4.000 páginas/hora a 600 dpi.

b. Equipos de ensobrado con capacidades de:

i. reconocimiento de marchas de ensobrado

ii. reconocimiento de códigos de barra

iii. plegado de documentos en dípticos y trípticos

iv. retractilar documentos, revistas u otras adiciones mediante la lectura de códigos

v. capacidad mínima de ensobrado de 4.000 sobres/hora. (...)"

Finalmente, la cláusula 32 del PCAP "Confidencialidad, información no publicable y protección de datos.

(...)

El contratista será considerado encargado del tratamiento de los datos de carácter personal que se traten y/o pudiera acceder, consultar, almacenar, conservar, registrar, extraer, comunicar por transmisión, administrar, como consecuencia del servicio prestado a Canal de Isabel 11, S.A. En este sentido se compromete a seguir las instrucciones que Canal de Isabel 11, S.A prevea al efecto y a cumplir con los requisitos legales y la normativa vigente de protección de datos. En concreto deberá atender las obligaciones derivadas de la aplicación del Reglamento 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 (en adelante, RGPD), y resto de normativa que pudiera aplicar.

(...)

El contratista no podrá subcontratar la totalidad o parte del tratamiento de datos que deba efectuarse en cumplimiento del contrato, salvo que obtenga autorización escrita de Canal de Isabel 11, S.A y además se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el tratamiento de datos de carácter personal se ajuste a las instrucciones del responsable del tratamiento.

b) Que el contratista y el tercero formalicen el contrato en los términos previstos en el RGPD.

En estos casos el tercero, es decir el subcontratista, tendrá también la consideración de encargado del tratamiento”

5.2 Respecto al segundo motivo, la reclamante sostiene que, en el PCAP y su índice y estructura, la cláusula 32ª, relativa a la confidencialidad, información no publicable y protección de datos, se encuentra ubicada dentro del apartado de “derechos y obligaciones del contratista”, pertenecientes al Capítulo V del pliego de cláusulas administrativas particulares, de la cláusula 26ª a la 33ª, junto con el pago del precio del contrato, la revisión de precios, las obligaciones, gastos y tributos exigibles al contratista, las medidas de contratación con empresas que estén obligados a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad, obligaciones laborales, sociales y medioambientales, política de calidad, medio ambiente y seguridad y salud en el trabajo de Canal Isabel II, normas de prevención en riesgos laborales y las cuestiones relativas a la propiedad industrial e intelectual. Todas ellas son obligaciones del contratista no del licitador, ni de la mejor oferta.

Considera que, “la identificación de la persona física o jurídica a lo largo del procedimiento de contratación es esencial porque los requerimientos no serán los mismos si van dirigidos a los operadores económicos, a los licitadores, a las mejores ofertas, a los adjudicatarios en general, o al contratista en particular. Así pues, a partir de lo explicado, podemos decir que a las mejores ofertas no se las podrá exigir más que aquella documentación que corresponda con la condición jurídica de mejor oferta, pero no con la condición jurídica de contratista que es lo que hace la Mesa de

Contratación con la decisión que ha adoptado. Si diéramos el visto bueno a la decisión de la Mesa de Contratación, estaríamos confundiendo el concepto que la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y servicios postales y el propio pliego de cláusulas administrativas particulares diferencian”.

Por su parte, el órgano de contratación señala que, como consecuencia de la aplicación a partir del 25 de mayo de 2018 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 a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, tiene la obligación de cumplir con el principio de responsabilidad proactiva prevista en el Considerando 85 y apartado 2 del artículo 5 del RGPD. Por ello, Canal de Isabel II, S.A. conforme a su Política de Protección de Datos Personales, aprobada por el Consejo de Administración en fecha 31 de enero de 2020, necesita cerrar la cadena de subcontrataciones de tratamiento de datos personales de sus contratos.

Concluye señalando que “Debe indicarse que si se entiende que la comprobación de los requisitos del Centro de Impresión y Ensobrado y el Centro Alternativo de respaldo referidos en el apartado 5.3 del Anexo I del PCAP no procede en el análisis de la documentación requerida al licitador propuesto como adjudicatario, sino que debe postergarse a la ejecución del contrato, ello supondría que no podría comprobarse si la reclamante se había comprometido a adscribir al contrato los medios necesarios para activar el centro de respaldo de conformidad con el apartado 5.3 del Anexo I del PCAP y la cláusula 13 del PCAP”.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si el requerimiento realizado por el órgano de contratación se ajusta a las previsiones contenidas en el PCAP en el momento procedimental que se realiza o si la acreditación de ese cumplimiento debería realizarse posteriormente una vez el contrato ha sido formalizado.

Para ello, hay que partir, en primer lugar, de la constatación de que en la cláusula 11 del PCAP *Forma y contenido de las proposiciones*, no se exige en ninguno de los tres sobres documentación alguna respecto al cumplimiento de normativas sobre protección de datos. Sin embargo, La cláusula 13 del PCA. establece *“Acreditación de la capacidad para contratar y efectos de la propuesta de adjudicación. Desistimiento.*

Una vez aceptada la propuesta de la Mesa de contratación por el órgano de contratación, Canal de Isabel II, S.A. requerirá al licitador propuesto como adjudicatario para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación indicada en la presente cláusula. Con carácter general todos los documentos deberán ser originales, copias notariales o fotocopias compulsadas”. En su apartado 4 señala “Los licitadores deberán acreditar el cumplimiento de los criterios de selección que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el apartado 5 del Anexo 1, en los términos y por los medios establecidos en dicho apartado”

Se trataría, por consiguiente, el analizar si esta cláusula ampara el requerimiento realizado por el órgano de contratación, para lo que es preciso analizar el alcance del contenido del apartado 5 del Anexo I, que fue transcrito anteriormente. En él, se requiere que los licitadores deberán presentar documentación que acredite que en caso de resultar adjudicatarios dispondrán de un Centro de Impresión y Ensobrado con unas determinadas características y de un Centro Alternativo de respaldo con procedimiento de actuación probado frente a contingencias. A continuación, dispone “Para acreditar los dos requisitos mencionados anteriormente, los licitadores deberán presentar uno de los dos documentos siguientes en relación a cada Centro:

- a) En el caso de disponer del Centro Principal y del Centro Alternativo de respaldo en el momento de la presentación de la oferta: Documento acreditativo de la titularidad del Centro Principal y del Centro Alternativo de

respaldo con las características referidas en el presente apartado (factura de compra, contrato o cualquier otro título válido en Derecho).

b) En el caso de no disponer del Centro Principal y del Centro Alternativo de respaldo en el momento de la presentación de la oferta: Compromiso que para la ejecución del contrato dispondrán del Centro Principal y del centro de respaldo con las características referidas en el presente apartado firmado tanto por el licitador como por la entidad que ponga a su disposición el mismo (contrato, precontrato o cualquier otro título válido en Derecho).

El punto 6 de la citada cláusula 13 se indica que se deberá aportar en su caso la documentación acreditativa de la efectiva disposición de medios que el licitador se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, es decir disponer de un Centro Principal y Centro Alternativo, con las características que se indican. A través de esta exigencia, el órgano de contratación encuentra cobertura para exigir al recurrente propuesto como adjudicatario, la documentación relativa a la confidencialidad prevista en la Cláusula 32 del PCAP, transcrita anteriormente.

A este respecto, hay que destacar que con fecha 27 de febrero de 2020, se emite informe técnico de solvencia del propuesto como adjudicatario, que, ente otras exigencias, menciona *"Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Cláusula 32 del PCAP "Confidencialidad, información no publicada y protección de datos" y en relación con el Plan de Continuidad y el uso de las instalaciones de la empresa "M, S.L como centro alternativo se solicita aclaración y documentación en relación con:*

1 Se requiere copia del contrato de protección de datos suscrito entre MailTeck,

S.A. y "AC, SLU", así como entre MAILTECK, S.A. y "AM, S.A.R.L." o bien cláusulas contractuales referidas al tratamiento de datos personales y las medidas de seguridad con las referidas entidades, al objeto de garantizar que el tratamiento de datos por cuenta de Canal de Isabel 11, S.A. es conforme lo indicado en cláusula 32 del PCAP.

2. Asimismo, se solicita que MAIL TECK, S.A. especifique y detalle todas las medidas que impedirán que en el caso que se tenga que activar el centro alternativo de respaldo, "M, S.L." no tratará los datos personales de los que es responsable del tratamiento Canal de Isabel 11, S.A. En caso de que Mailteck, S.A. indique que, si se activa el centro alternativo de respaldo "M, S.L." sí tratará datos personales de los que será encargado de tratamiento MAILTECK, S.A. se deberá especificar como darán cumplimiento a la cláusula 32 del PCAP, toda vez que, en este último supuesto, "M, S.L." pasaría a ser otro encargado de tratamiento (subencargado del tratamiento de datos)".

El reclamante presentó la documentación de subsanación, entre ella, la relativa a protección de datos, en la que dos documentos estaban en inglés, por lo que se le requirió su traducción, que presentó dentro del plazo concedido al respecto.

Con fecha 14 de julio de 2020, se emite un nuevo informe sobre solvencia en materia de protección de datos, requiriendo con fecha 27 de agosto de 2020, nuevas aclaraciones al respecto, que nuevamente fueron contestadas por el reclamante. Finalmente, con fecha 23 de septiembre de 2020, se emite el último informe de protección de datos en los medios puestos a disposición del contratista, concluyendo que no se ha subsanado al no haber aportado la información requerida en la cláusula 32 de PCAP requerida.

Pues bien, de todos estos antecedentes se desprende de manera clara y evidente que el reclamante se mostró conforme con la interpretación que el órgano de contratación realizó de los Pliego, en cuanto a la documentación a presentar, ya que atendió en todo momento, sin ningún tipo de cuestionamiento, los requerimientos realizados al respecto. Únicamente, en el momento en el que no le satisfizo la propuesta realizada por la mesa de contratación, cuestiona la legitimidad de dichos requerimientos en ese momento procedimental.

A juicio de este Tribunal, nos encontraríamos ante un supuesto de aplicación de la doctrina jurisprudencial de los actos propios. En este sentido, STS de 5 de enero de 1999 « [...] En la S.T.C. de 21 de abril de 1988, nº 73/1988 , se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos”.

Tampoco puede este Tribunal acoger la alegación de indefensión provocada a la hora de identificar de los nombres de los proveedores de los que se solicitaba información, por no haberse realizado de forma clara e inequívoca, lo que ha supuesto que no pueda subsanar correctamente los requisitos exigidos en materia de protección de datos de forma adecuada. Ya en el primer requerimiento, se identificaba a los proveedores denominados con las siglas “AM, S.L.” y “M, S.L.”, que fue contestado por el reclamante. A ello, siguió un segundo requerimiento, contestado así mismo en plazo. Si el reclamante albergaba alguna duda sobre a quién correspondían esas iniciales, debió solicitar las aclaraciones que estimase oportunas, circunstancia que no llevó a cabo en ningún momento.

Por todo lo anterior, procede desestimar los motivos primero y segundo del recurso.

No obstante, si bien este Tribunal no pone en duda la conveniencia de que la comprobación de los requisitos para el tratamiento de datos previsto en la cláusula 32 del PCAP, tanto para el Centro Principal como para el Centro de Respaldo, se realice con carácter previo a la adjudicación de contrato, sería conveniente que, esa

obligación, quedara plasmada, de modo más claro y expreso en futuros Pliegos, para evitar situaciones litigiosas como la presente.

5-3 Respecto al tercer motivo de impugnación el recurrente manifiesta que se ha producido vulneración del principio de proporcionalidad y de competencia del art. 19 de la ley 31/2007, de 30 de octubre.

A este respecto señal “De un estudio detenido del expediente se deduce que después del esfuerzo de la licitación de casi dos años de trabajo y en los que mi representada ha obtenido la mejor puntuación global de todas las ofertas que han concurrido a la licitación del contrato y ha presentado toda la documentación administrativa previa a la adjudicación exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, es totalmente desproporcionada la no toma en consideración de la oferta de mi representada, máxime cuando la documentación requerida es una obligación del contrato y cumple con los cánones del pliego, conculcando tanto el principio de proporcionalidad como el principio de competencia. En definitiva, la decisión de la Mesa de Contratación ha sido desproporcionada y ha restringido artificialmente la competencia, privando al Canal de Isabel II de la mejor oferta de todas las presentadas”.

Considera que solo cuando el incumplimiento que se denuncia sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a lo previsto y contenido en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir, 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. Así pues, no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que antes de acordar la exclusión de la oferta de reclamante, ha procedido en varias ocasiones a solicitar aclaraciones sobre la documentación aportada por ésta. En este sentido la cláusula 12 del PCAP permite al órgano de contratación solicitar las aclaraciones, documentación y a realizar las actuaciones que considere necesarias para verificar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos para la presentación de ofertas. Por ello, solicitó a las aclaraciones que se han referido en los antecedentes de hecho como consecuencia del análisis de la documentación aportada de conformidad con la cláusula 13 del PCAP.

Por lo tanto, a su juicio, habiéndose procedido a la correspondiente solicitud de aclaraciones con carácter previo a la exclusión de la oferta de la reclamante y habiéndose comprobado que su oferta no cumplía la cláusula 32 del PCAP, no procede alegar de contrario la vulneración de los principios de proporcionalidad y de competencia. Invoca en apoyo de su tesis la Resolución de este Tribunal nº 168/2015.

Por su parte, SERVINFOR en sus alegaciones se opone a los fundamentos de la reclamación en términos semejantes al órgano de contratación.

En la Resolución que el órgano de contratación trae a colación, manifestábamos *“Los errores o deficiencias de las ofertas pueden y deben ser objeto de subsanación, sin que, en ningún caso, esa subsanación suponga en cuanto al fondo, una modificación sustantiva de la oferta inicialmente presentada.*

Resulta recomendable proceder a la facultad de aclaración de ofertas en los aspectos que resulten inconcretos y con ello se facilite la continuación del procedimiento.

La valoración de la oportunidad de esta decisión de subsanación o aclaración y los supuestos que claramente implican vulneración del principio de igualdad de los restantes competidores o un incumplimiento de lo exigido en los pliegos que no es

susceptible de aclaración dada la prohibición de modificación de la oferta, ha de realizarse conforme a los criterios expuestos.

Solo cabrá la exclusión de un licitador cuando a la vista de la documentación presentada, ésta resulte de forma objetiva inviable o demuestre la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos.

Se debe considerar la posibilidad de solicitar aclaraciones y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad antes de rechazar una oferta, así como el alcance que éstas pueden tener y la necesidad de que no impliquen modificación de los términos de la misma.”

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación requirió al reclamante la documentación acreditativa, concediéndole posteriormente un segundo plazo de aclaraciones ante las dudas generadas por la documentación presentada. Solo después de este segundo plazo, se emitió un informe considerando que no se cumplían las previsiones del PCAP en el ámbito de la protección de datos.

Por tanto, el reclamante podrá discrepar del criterio seguido por el órgano de contratación respecto al citado cumplimiento, circunstancia que será analizada en el siguiente motivo del recurso, pero no procede alegar desproporcionalidad de la decisión controvertida, ya que, a juicio del citado órgano, se ha producido un incumplimiento de las prescripciones establecidas en el PCAP, que no tiene un carácter menor o trivial, como es el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

5-4 Como último motivo del recurso, el reclamante considera que cumple los estándares y normas exigidos en el PCAP y en la normativa europea de protección de datos.

Con respecto a la información solicitada por el órgano de contratación de AMAZON WEB SERVICES (AWS), respecto al cumplimiento 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 a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, con respecto a la realización de transferencias Internacionales, el reclamante señala *“La DPO de Canal de Isabel II alega como uno de los motivos por los que MAILTECK no cumple con la cláusula 32ª del PCAP es la excepción recogida en la cláusula 12.1 del DPA AWS con respecto a la posibilidad de la realización de transferencias internacionales por parte de AWS: “(...), a excepción, en su caso, de aquellos necesarios para su cumplimiento de los Servicios iniciados por el Usuario o de la legislación u orden vinculante de un órgano gubernamental.”*

El art. 28.3.a) del RGPD establece que el encargado del tratamiento “Tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público.”

A la vista de lo establecido en dicho artículo, y en aras de su cumplimiento, la cláusula 12.1 del DPA AWS establece casi literalmente lo recogido en el art. 28.3.a) del RGPD al establecer que “(...) Una vez el Usuario haya tomado una decisión, AWS no transferirá ningún dato de usuarios del Cliente, a excepción, en su caso, de aquellos necesarios para su cumplimiento de los Servicios iniciados por el Usuario o de la legislación u orden vinculante de un órgano gubernamental.”

Finalmente, señala que a la hora de realizar la contratación eligió la República de Irlanda para la ubicación de sus servidores situados en la Región denominada “Región Europa / Oriente Medio / África”, por lo que implícitamente ya está indicando a AWS que el tratamiento de los datos se tiene que realizar dentro del Espacio

Económico Europeo, y que por tanto, se deberá regir por la normativa aplicable vigente en dicho Espacio, en este caso, en materia de protección de datos deberá estar a lo establecido en RGPD.

Respecto a las transferencias mediante garantías adecuadas, adhesión a códigos de conducta, señala que *“El art 46.2 del RGPD establece, con respecto a la realización de Transferencias mediante garantías adecuadas, que “Las garantías adecuadas con arreglo al apartado 1 podrán ser aportadas, sin que se requiera ninguna autorización expresa de una autoridad de control, por:” y en su apartado e) detalla: “un código de conducta aprobado con arreglo al artículo 40, junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas la relativas a los derechos de los interesados”.*

En los artículos 40 y ss del RGPD, en relación con los artículos 24.3 y 28.5 del RGPD, se contempla la posibilidad de que el Responsable o Encargado del Tratamiento se unan a códigos de conducta con el fin de ayudarles a demostrar conformidad con la normativa y las prácticas recomendadas en materia de protección de datos.”

Concluye señalando que, a este respecto, AWS está adherido al Código de conducta de CISPE (Cloud Infrastructure Service Providers in Europe), un código de conducta específico para proveedores de servicios de infraestructura en la nube cuyo objetivo es el de definir un modelo de autorregulación para que cumplan con los estándares de protección de datos adecuados conformes al RGPD.

Respecto a las cláusulas contractuales tipo, considera que, además de la adhesión a códigos de conducta, la cláusula 12 del DPA AWS regula la aplicación de cláusulas contractuales estándar en caso de que los datos de usuario sean transferidos fuera de EEE, ya sea mediante transferencia directa o progresiva, a cualquier país cuyo nivel de protección de datos personales sea considerado como inadecuado por parte de la Comisión Europea (en virtud de lo descrito en el RGPD).

Las Cláusulas contractuales estándar no se aplicarán a los Datos de usuario que no sean transferidos, ya sea mediante transferencia directa o progresiva, fuera del EEE.

Con respecto a este tema, menciona la *“Resolución de declaración de adecuación de garantías para las Transferencias Internacionales de Datos a los estados unidos con motivo de la prestación de servicios de computación en nube”* emitida por la Agencia Española de Protección de datos (Nº Expediente: TI/00429/2016) en la cual consideraba como adecuadas las garantías establecidas en los modelos de contratos aportados por AWS para la transferencia internacional de datos con destino a dicha entidad, establecida en los Estados Unidos y actuando como encargado del tratamiento, y autorizaba las transferencias internacionales de datos con destino a los Estados Unidos que se realicen al amparo de las cláusulas contractuales mencionadas, siempre que se cumplieran las condiciones establecidas en la norma.

Respecto a la confidencialidad de datos señala que *“El art. 28.3.a) del RPD establece que el encargado del tratamiento *”Tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público.”**

Con respecto al motivo alegado por la DPO de Canal de Isabel II respecto a la posibilidad de que AWS pueda comunicar datos para cumplir con la legislación o ley en vigor y vinculante de un órgano gubernamental, se puede constatar que la excepción se refiere única y exclusivamente, tal y como se dispone en dicho artículo, a cumplir con una obligación legal o con una resolución judicial, como citación u orden judicial pero cuyo alcance se limita única y exclusivamente al Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado, y que como ya se ha comentado será lo establecido en el RGPD”.

Trae a colación Sentencia de 16 de julio de 2020 (c-311/18) en relación con una reclamación presentada respecto a la transferencia de sus datos personales por parte de Facebook Ireland a Facebook INC.

La citada Sentencia alegada por la DPO de Canal en el tercer párrafo del punto 1 del apartado 2 de su informe, se refiere a un caso ocurrido con Facebook Irlanda, en el que D. Maximilian Schrems inició una reclamación contra Facebook Irlanda por considerar que la plataforma social violaba los derechos de intimidad y protección de datos personales de los usuarios debido a que eran transferidos desde Irlanda a servidores localizados en Estados Unidos, donde eran procesados y utilizados por Facebook INC.

En este caso, Facebook INC es considerado, a efectos de la normativa sobre protección de datos, como Responsable del Tratamiento debido a que, al realizar el tratamiento de los datos facilitados desde Facebook Irlanda, determina los fines y medios de dicho tratamiento.

Esto supone, a su juicio, que tal y como establece la mencionada sentencia en sus Considerandos 179 y 180, sí podría darse la posibilidad de que los datos pudieran estar sujetos a un control estatal por parte de las agencias de investigación gubernamentales, lo cual constituía una práctica que podía afectar los derechos de los titulares de datos europeos.

Consideran que AWS no se encuentra en la misma situación debido a lo siguiente:

a) Lo servidores, como ya ha quedado acreditado se encuentran en la República de Irlanda dentro del Espacio Económico Europeo.

b) Que AWS cumple y debe cumplir con lo establecido en la normativa sobre protección de datos vigente dentro del Espacio Económico Europeo. En este caso, en el RGPD.

c) Que AWS tiene firmado un contrato de encargo de tratamiento (DPA AWS), en el cual se le indica, siguiendo lo establecido en el artículo 28.3 sus funciones y obligaciones.

d) Que entre sus obligaciones se encuentra el compromiso de confidencialidad y de no ceder los datos a terceros.

e) Que AWS, en caso de tener que realizar algún tipo de transferencia internacional debe cumplir la normativa en materia de protección de datos vigente en este espacio, en concreto con lo establecido en los arts. 44 y ss del RGPD, y tal y como se indica en los considerandos del 12 al 15 de la Sentencia de dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia.

Finalmente, respecto de lo señalado en el informe del órgano de contratación de que no cumple con los requisitos de autorización previa para la subcontratación del tratamiento de datos previsto en la cláusula 32ª del PCAP, señala que facilitó una relación de proveedores a los que, debido a las necesidades del servicio, se necesitaba subcontratar sus servicios con el fin de poder cumplir con los requisitos establecidos en los pliegos de la licitación. En esta lista entre otras empresas proveedoras aparece como proveedor de servicios de infraestructura AWS.

Señala que en el momento de emitir su informe el órgano de contratación, MAILTECK estaba designado como adjudicatario provisional y no definitivo, motivo por el cual no estaba obligado a cumplir con el requisito de la autorización para subcontratar, hasta que no sea declarado por el órgano como adjudicatario definitivo y se proceda a la firma del contrato, momento en el que sí deberá cumplir con sus obligaciones contractuales.

Respecto a la información solicitada por la empresa MEYDIS, señala que la consideración contenida en el informe “no se ha aportado información sobre la empresa Meydis (referida como M, S.L. en el escrito de Subsanación contenido en el Anexo II)”, manifiesta que es cierta, pero que se debió a que la identificación de los proveedores en el requerimiento, no se realizó de forma clara e inequívoca, sino que se denominaron de este proveedor se realizó utilizando las siglas “M, S.L.”, dejando abierta a la interpretación la identificación del mismo, al existir varios proveedores con la misma denominación y se interpretó que dichas siglas pertenecían a “MAILJET, S.L.”, el cual es un proveedor especializado en el envío de correos electrónicos.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la cláusula 32 del PCAP no permite la subcontratación de parte del tratamiento de datos, salvo que se cumplan los tres siguientes requisitos:

- i) que se obtuviera autorización escrita previa por Canal de Isabel II, S.A.;
- ii) que el tratamiento de datos de carácter personal se ajuste a las instrucciones de éste como responsable del tratamiento; y
- iii) que el contratista y el tercero formalicen el correspondiente contrato en los términos previstos en el RGPD.

Señala que, en el presente supuesto, se solicitó al reclamante aclaración al respecto del cumplimiento de los requisitos de protección de datos de la cláusula 32 del PCAP, con motivo del análisis de la documentación referida en el apartado 5.3 del Anexo I del PCAP referida al centro alternativo de respaldo de impresión que la reclamante proponía adscribir al contrato mediante un medio correspondiente a un tercero, MEYDIS. Como consecuencia de lo anterior, la reclamante proponía la activación del centro alternativo de respaldo (de producción de impresión, ensobrado y manipulación de correspondencia), utilizando medios de empresas tecnológicas, esto es, ACENS TECHNOLOGIES, S.L.U., AWS, en las que muy probablemente se

tratarían datos de carácter personal. Debido a la adscripción del citado centro de respaldo a través de un medio externo, Canal de Isabel II, S.A. tuvo que solicitar aclaración para confirmar si MEYDIS, ACENS y/o AWS tratarían datos de carácter personal, entendiendo por datos personales y tratamiento de datos, las definiciones contenidas respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 4 del RGPD. Entre los documentos aportados se incluían contratos en los que interviene la reclamante Y MEYDIS y regularían el acuerdo de activación del centro de respaldo y la relación de encargo de tratamiento de datos entre ambas mercantiles. El órgano de contratación destaca el hecho de que el contenido de los referidos documentos aportados en la fase de aclaración ante Canal de Isabel II, S.A. difiere de los presentados al Tribunal al interponer la reclamación. Por lo tanto, la documentación que ha aportado la reclamante al interponer su reclamación es manifiestamente extemporánea. No obstante, analizando de manera más pormenorizada la documentación por la reclamante con motivo de la presente reclamación, poner de manifiesto que ninguno de los contratos de tratamiento de datos aportados, ni el relativo a AWS, MEYDIS (ya sea el aportado en fase de aclaración o incluso el nuevo contrato de MEYDIS aportado extemporáneamente al Tribunal), ni tampoco el de MAILJET, empresa que ni siquiera se incluye en la oferta de la reclamante, cumpliría los requisitos de protección de datos con relación a la subcontratación del tratamiento de datos conforme al contenido de la cláusula 32 del PCAP. Añade que en la Cláusula Quinta de ambos Anexos de protección de datos suscritos por MEYDIS y MAILTECK, el aportado a Canal de Isabel II, S.A. como Anexo 6 en la fase aclaración, y en el nuevo documento aportado al Tribunal, como “Anexo nº 8 Acuerdo de back up y protección de datos suscrito” , se prevé la posibilidad de que MEYDIS pueda subcontratar parte del tratamiento de datos, sin tener en cuenta que es requisito imprescindible la autorización previa y por escrito de Canal de Isabel II, S.A.

Con relación a los contratos de adhesión de AWS y transferencias internacionales de datos de AWS y MEYDIS, señala que la reclamante podría haber acudido a la licitación del contrato con otro proveedor tecnológico diferente que

pertenciese a un grupo empresarial con matriz dentro del Espacio Económico Europeo (excepto Reino Unido, como consecuencia del Brexit) o bien dentro de un país sobre el cual la Comisión Europea haya declarado un nivel adecuado de protección como por ejemplo Suiza, Canadá, Argentina, Guernsey, Isla de Man, Islas Feroe, Jersey, Andorra, Israel, Uruguay o Nueva Zelanda, etc., tal como exige la cláusula 32 del PCAP.

Señala que, en relación a las transferencias internacionales de datos, el artículo 28.3, apartado a) del RGPD establece que el encargado del tratamiento:

“tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público”.

A su juicio, esta previsión es consecuencia de la necesidad de transferir datos personales dentro del Espacio Económico Europeo con motivo de la aplicación de una norma de Derecho Comunitario o de los Estados Miembros. Es decir, el encargado y/o subencargados también deben seguir las indicaciones del responsable del tratamiento en lo relativo a las transferencias internacionales de datos, con la excepción de que la transferencia se lleve a cabo en aplicación de una norma de un Estado Miembro o Derecho de la Unión. En este sentido, pone de manifiesto que la reclamante en los escritos de aclaraciones y de subsanación presentados durante el procedimiento de licitación, reconoce que AWS tiene contratos estándar de adhesión y que no permite la aplicación de cláusulas distintas. En consecuencia, al depender la contratación con su proveedor de dichos contratos de adhesión, es posible que la reclamante no pueda cumplir la cláusula 32 del PCAP.

Así mismo, señala lo que, a su juicio es una cuestión relevante en materia de cumplimiento de normativa de protección de datos, la cláusula Quinta del Acuerdo entre MAILTECK y MEYDIS aportado por la reclamante habilita la transferencia internacional de datos cuando así lo establezca cualquier tipo de normativa, aunque no sea normativa de uno de los Estados miembros o Derecho de la Unión. Es decir, la reclamante podría realizar una transferencia internacional de datos autorizada por la normativa de Estados Unidos, pero que no estuviera permitida por la normativa de uno de los Estados Miembros o Derecho de la Unión.

A su juicio, el RGPD establece que la transferencia de datos personales a un tercer país solo puede llevarse a cabo, si el tercer país destinatario de los datos garantiza un nivel de protección adecuado a dichos datos conforme lo señalado. Por lo que respecta al presente supuesto, resulta relevante señalar que la Comisión puede hacer constar que un país tercero, a la vista de su legislación interna o de sus compromisos internacionales, garantiza un nivel de protección adecuado. A falta de esa decisión de adecuación, la referida transferencia internacional de datos podrá realizarse si el exportador establecido en la Unión Europea confirma que existen garantías adecuadas, que pueden derivar de la adopción de cláusulas contractuales tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, siempre que los interesados puedan ejercer los derechos que le otorga la normativa europea y dispongan de acciones legales efectivas para la defensa de dichos derechos exigibles.

Señala que El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha remarcado nuevamente en la Sentencia 16 de julio de 2020, que los datos transferidos desde Europa a Estados Unidos basados en el “Escudo de Privacidad” no están seguros, porque la legislación americana habilita al Gobierno y las Agencias de Seguridad Americanas (en inglés, National Security Agency “NSA”) acceder a todos los datos de los ciudadanos extranjeros de forma indiscriminada para que sean investigados con fines de seguridad nacional. Es decir, la legislación americana no tiene un sistema de protección análogo respecto de los principios, garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Unión Europea a sus ciudadanos. Por lo que al

margen de que se adhieran las organizaciones del Escudo de Privacidad o Privacy Shield, de hecho, no se puede cumplir con los principios porque la legislación americana no está alineada. Por ello, cuando una Agencia de Seguridad Americana requiere acceder a los datos, se realiza el acceso de forma indiscriminada sin que sea requerida una petición concreta, motivada, y con garantías procedimentales y de transparencia para el ciudadano y sin realizar un análisis previo de la proporcionalidad y necesidad de esa medida.

Concluye señalando que al margen de que se pudiera legitimar una transferencia internacional de datos, se ha considerado imprescindible no ofrecer esta posibilidad, ya que no hay garantías suficientes para impedir a la vista del contenido de las cláusulas aportadas que los datos personales de las facturas de agua de los ciudadanos de la Comunidad de Madrid, datos de bonificaciones, puedan ser conocidos e interceptados por las agencias de inteligencia americanas. Por ello, no cabe la posibilidad de que se efectúen transferencias internacionales de datos incumpliendo lo previsto en la Cláusula 32 del PCAP, que resulta aplicable a todos los licitadores que han concurrido y a otros que podrían haber concurrido a la licitación.

Por su parte, SERVIFORM en sus alegaciones mantiene que la reclamante no aportó la documentación solicitada por la Mesa de contratación en el requerimiento de subsanación y que la documentación aportada evidencia un incumplimiento de los requisitos exigidos en la cláusula 32 del PCAP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar la documentación aportada por la reclamante respecto a las empresas AWS y MEYDIS.

Procede iniciar el análisis de esta última por su vinculación con el motivo tercero del recurso visto anteriormente.

El reclamante, en sus alegaciones manifiesta que efectivamente no presentó la justificación referida a la empresa MEYDIS, pero que se debió a que la identificación de los proveedores en el requerimiento, no se realizó de forma clara e inequívoca, sino que se denominaron de este proveedor se realizó utilizando las siglas “M, S.L.”, dejando abierta a la interpretación la identificación del mismo, al existir varios proveedores con la misma denominación y se interpretó que dichas siglas pertenecían a “MAILJET, S.L.

Pues bien, a este respecto, como alega el órgano de contratación, la anonimización de las empresas referidas en la oferta de la reclamante responde a la salvaguarda de sus propios intereses comerciales y de los de sus proveedores y que en ningún momento la reclamante solicitó a Canal de Isabel II, S.A. que se le aclarara esta cuestión. En este sentido, la solicitud de subsanación se refería exclusivamente a las dos empresas referidas en su propia oferta.

Es más, las empresas a las que se refiere la subsanación de 26 de agosto de 2020, coinciden con las empresas respecto de las cuales se solicitó aclaración de protección de datos el 28 de febrero de 2020. En dicha aclaración se procedió a anonimizar de igual manera a las empresas indicadas en la oferta de la reclamante. En esa ocasión MAILTECK contestó claramente a la solicitud de aclaraciones indicando expresamente en la documentación que aportaron la denominación social de MEYDIS y de AMAZON WEB SERVICES.

Por otro lado, en caso de dudas respecto al requerimiento realizado, pudo solicitar las aclaraciones correspondientes antes de contestar, circunstancia que no llevó a cabo en ningún momento.

Estas circunstancias restan credibilidad a la argumentación realizada por el reclamante en orden a justificar la falta de acreditación de la documentación requerida debido a la interpretación de las siglas.

Por tanto, debe considerarse que no justificó las exigencias contenidas en el requerimiento respecto al cumplimiento de la cláusula 38 del PCAP, sin perjuicio de la pretendida justificación que pretende realizar en la fundamentación del recurso y la documentación que acompaña, ya que todo ello debió llevarse a cabo en el momento procedimental oportuno y no en fase de recurso especial.

Esta circunstancia, lleva a la desestimación del presente motivo, sin que sea necesario entrar a valorar la justificación presentada por la otra empresa AWS.

SEXTO.- Con relación a la solicitud de trámite de alegaciones por parte de la empresa TELEMAIL, hay que destacar que carece de la condición de interesada en la presente reclamación, ya que la resolución que se adopte en la misma no afecta a su posición como licitadora, al estar clasificado en cuarto lugar, ya que de estimarse la reclamación la adjudicataria sería la reclamante y en caso de desestimación, lo sería SERVIFORM, empresa propuesta actualmente como adjudicataria. Por tanto, a la vista de los criterios doctrinales y jurisprudenciales, no se aprecia interés legítimo para atender la citada petición.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLSE en relación al 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar la reclamación interpuesta por la representación de la empresa Mailteck, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 21 de octubre de 2020, por la que se acuerda no tomar en consideración la oferta de la reclamante propuesta como adjudicataria, en el procedimiento de licitación del

contrato “Servicios de impresión, ensobrado y acabado de documentos del Canal Isabel II”, Expediente 132/2018.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el 13 de noviembre de 2020.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Denegar la solicitud de trámite de alegaciones realizada por la empresa TELEMAIL SL.

Quinto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.