



INFORME REFERIDO A LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO CONSISTENTE EN LA “SERVICIO DE APOYO EN LA GESTIÓN, SEGUIMIENTO Y CONTROL DE PROYECTOS TECNOLÓGICOS Y DE INNOVACIÓN Y MEJORA DE LA CONSEJERÍA DE TURISMO Y EMPLEO QUE INCLUYE CARACTERÍSTICAS RELATIVAS A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO”.

Vista la solicitud efectuada por la unidad de apoyo de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo y Empleo, con fecha 09 de agosto de 2024, referida a la verificación del marco normativo en materia de protección de datos en el expediente de contratación de un servicio de “*servicio de apoyo en la gestión, seguimiento y control de proyectos tecnológicos y de innovación y mejora de la consejería de turismo y empleo que incluye características relativas a la estabilidad en el empleo*”, tramitado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo y Empleo.

Se aporta la documentación que se relaciona a continuación:

- Borrador del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAC), con referencia “Expte 1/2024”.
- Memoria propuesta justificativa de la contratación suscrito por la persona que asume las funciones de Jefa de Servicio de Informática, de fecha 09 de agosto de 2024.
- Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares de fecha 08 de agosto de 2024 (en adelante, PPTP).

Que a la vista del análisis de la cuestión planteada y analizada la documentación obrante, y de conformidad con las funciones atribuidas por el artículo 39.1. a) 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* (en adelante, RGPD’16); y en el artículo 36.4 de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (en adelante, LOPD’18), sin perjuicio de mejor criterio, se formulan las siguientes,

CONSIDERACIONES

(1) De conformidad con la disposición general primera del PCAP, el objeto del contrato es dotar a la Consejería de Turismo y Empleo de «*las herramientas adecuadas para el desarrollo de los proyectos donde la digitalización de estos es la clave para el adecuada transformación de la administración electrónica y para la agilización de la gestión administrativa*»; es decir, «*persigue gestionar, supervisar, planificar y coordinar adecuadamente la demanda de los trabajos relacionados con el desarrollo y mantenimiento de los proyectos de transformación digital, así como del análisis de los datos generados en los sistemas de información procedentes de la unidad de Informática de la Consejería de Turismo y Empleo (en adelante, CTE), de la UMCI y de la Unidad Administrativa Provisional (UAP)*», tal y como reza la disposición tercera del PPTP.

Dicho objeto corresponde a los siguientes códigos de la nomenclatura vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea:

- 72000000-5 Servicio TI: consultoría, desarrollo de software, Internet y apoyo.
- 72600000-6 Servicios de apoyo informático y de consultoría.
- 72224000-1 Servicios de consultoría en gestión de proyectos.
- 72316000-3 Servicios de análisis de datos.





(2) El órgano de contratación, que actúa en nombre de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, es la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo y Empleo.

(3) Se deduce de los pliegos que van a existir operaciones de tratamiento de datos personales, a grandes rasgos, los datos afectados son los contenidos en los distintos sistemas de información; estos son de cualquier índole y van a ser puestos a disposición de la contratista y de las personas autorizadas por esta. Se presume que dada la naturaleza variada de los datos, pueden existir datos de categoría especial regulados en el artículo 9 del RGPD '16.

(4) A razón de lo indicado los responsables de tratamiento son las personas titulares de la Consejería de Turismo y Empleo, y de la Secretaría General Técnica de esta Consejería.

La entidad adjudicataria o contratista se erige en la figura del Encargado del Tratamiento, ya que es quien tratará los datos personales por cuenta y bajo las instrucciones de los Responsables del Tratamiento.

(5) La prestación del servicio conlleva que la contratista tenga acceso a los datos que obran en poder de la persona responsable del tratamiento de esos datos personales.

(6) Se prevé la posibilidad de la subcontratación (DG 29 PCAP) y por consiguiente opera la figura del subencargado.

(7) No obra en el documentación aportada el documento de encargo de tratamiento mandado en el artículo 28.3 del RGPD '16.

(8) Que las disposiciones referidas en materia de protección de datos son calificadas de carácter esencial (ejemplos en DG 24.7.4 PCAP , 25.7 PCAP).

(9) Se constata el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 122.2 párrafo tercero de la Ley de Contratos del Sector Público (DG 24.6 y 24.7.4 del PCAP).

(10) En el apartado 2 del anexo V del PCAP se señala el enlace web en el que está publicado el inventario de actividades de tratamiento:

<https://www.gobiernodecanarias.org/administracionespublicas/tratamientodedatos/tratamientos/turic/ctic/>

Este no se corresponde con los tratamientos por los que se señala los datos y colectivos de interesados afectados.

Por lo anterior, se hacen las siguientes,

RECOMENDACIONES

Primera.- La responsable del tratamiento debe formalizar un encargo de tratamiento con la futura contratista que se erige encargada de tratamiento; este acto está intrínsecamente relacionado con el deber de diligencia exigible a la Responsable del Tratamiento relacionado con el criterio de elegibilidad de la persona encargada de tratamiento.

Además, las instrucciones de encargo deben conformar un cuerpo único e independiente a los pliegos,





atendiendo a los marcos normativos de ambas materias. Se sugiere la revisión del texto del PCAP en este sentido, procediendo a suprimir cualquier referencia que deba ser objeto de las instrucciones de encargo o que su referencia se reduzca a una remisión a aquéllas en el pliego. En el supuesto de que se mantengan, estas deben ser coincidente con lo recogido en los acuerdos de instrucciones; citar como ejemplo, la DG 24.BIS.2.C) PCAP, cuyo contenido es el que obedece a las instrucciones.

Segunda.- Advertir la imposibilidad que se pueda recurrir a la solvencia y medios de otras empresas (4.3.3 del PCAP- Utilización de medios externos para acreditar la solvencia/15.1.4 PCAP) en materia de protección de datos.

El acto de elección de un encargado está intrínsecamente relacionado con el deber de diligencia que tiene la responsable del tratamiento, por cuanto pudiera darse que una licitadora no estuviese en condiciones de dar cumplimiento con todo lo exigido en materia de protección de datos, y por tanto, no ser una buena encargada de tratamiento, y consecuentemente, una alta probabilidad que incumpliese lo establecido en el RGPD 16.

En este sentido, se advierte lo dispuesto en la DG 13.8 PCAP, referida a la sucesión empresarial y otras figuras de absorción, transmisión y análogas.

En esta línea cabe considerar introducir que la Uniones Temporales de Empresas (UTE-DG 4.1/15.1.3/19.2.7 PCAP) deben cumplir de forma independiente con las exigencias en materia de protección de datos.

Tercera.- Teniendo en consideración que el cumplimiento del marco normativo en materia de protección de datos tiene calificación esencial en los efectos previstos en el artículo 211.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público, se sugiere solicitar que en el apartado relativo a la prohibición de contratar con relación a la documentación acreditativa en este extremo (DG 4.2/19.2.2 PCAP), se especifique que esta prohibición opera en los supuestos en que a la futura contratista se le hubiera resuelto un contrato por incumplimiento de lo dispuesto en el marco normativo en materia de protección de datos.

Cuarta.- En la DG 25.7 se recomienda concretar la disposición aludida: párrafo tercero del artículo 202.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinta.- Establecer la resolución del contrato (efecto previsto en el art. 211.1.f)), en el supuesto de la inobservancia de lo establecido en el marco normativo en materia de protección de datos (art. 122.2 párrafo tercero de la Ley de Contratos de Sector Público), y por tanto el incumplimiento de lo mandado en aras de proteger un derecho fundamental, por cuanto *quien lo suscribe es perfecto conocedor de a qué se obligaba y con qué medios debía cumplirlo (cit. STS, sala 3ª, sección 7ª de 30 de junio de 2014)*; esto, en sustitución al sistema de penalización establecido en la DG 28.5 del PCAP. En esta línea se debe proceder a revisar a tenor de lo indicado la DG 28.5 del PCAP.

Sexta.- Con independencia de que se utilicen los servidores del órgano de contratación, se recomienda revisar la redacción del pliego con referencia a la localización de los servidores (DG 4.3.2 del PCAP), en cumplimiento de lo previsto para la obligación dispuesta en el artículo 122.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, dado que este opera en la esfera de las medidas de seguridad que la normativa en materia de protección de datos infiere en el tratamiento de los datos objeto necesarios para la materialización del objeto de contrato (DG 9.3. BIS/15.1.9.y





apartado noveno del anexo I del PCAP).

Séptima.- Se sugiere la incorporación de un nuevo apartado 7 a la DG 3 del PCAP relativa a la existencia del tratamiento de datos personales para la materialización del objeto de contrato, y por tanto, la obligatoriedad del cumplimiento del marco normativo en materia de protección de datos; con mención expresa al cumplimiento de las instrucciones de encargo de tratamiento de datos, que deriva de lo dispuesto en el segundo apartado de la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley de Contratos con el Sector Público con relación al artículo 28.3 del RGPD'16.

Además, se considera adecuado incorporar al régimen jurídico del contrato, el obligado cumplimiento de las medidas correspondientes a la categorización establecida en el Esquema Nacional de Seguridad, aprobado por el *Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo*, en cumplimiento de lo dispuesto en el *artículo 156.2 de la Ley 40/2015, de 29 de octubre, de Régimen del Sector Público* con relación al artículo 17.3 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*; todo ello con relación a la seguridad de la privacidad establecida en el RGPD'16.

Octava.- Respecto al régimen de la subcontratación (DG 29 del PCAP), se considera incorporar la prescripción efectuada por el artículo 28.4 del RGPD'16 señala que el encargado de tratamiento (contratista principal en términos de la LCSP'16), es el responsable ante el responsable de tratamiento de los incumplimientos en los que pudiera incurrir el subencargado (subcontratista); respecto al establecimiento de penalidades, se trae a colación lo observado en la recomendación quinta.

Novena.- Se considera establecer o aclarar la forma en que la encargada del tratamiento garantizará la confidencialidad (artículo 5.1.f) del RGPD'16 con relación al artículo 5 de la LOPD'18) de los datos a los que las personas autorizadas tendrán acceso (DG 24.BIS.2.C) 1), 4) y 5), y DG 15.1.9, ambas del PCAP); de lo establecido en el apartado noveno (9.1) del anexo I se deduce que se formalizarán mediante contratos: «*aportar una declaración responsable de la formalización de contratos de confidencialidad del personal adscrito a la ejecución del contrato*».

El cumplimiento de esta obligación debe quedar documentada y a disposición de la responsable de tratamiento.

Por todo ello, se sugiere que en la formalización del contrato (DG 22.4) se recomienda solicitar los documentos de confidencialidad suscritos entre la encargada (contratista) y las personas autorizadas conforme a lo que se establezca o aclare al respecto.

Décima.- La previsión de la DG 15.1.9 del PCAP tiene relación directa con el régimen de la subcontratación (artículo 28.4 del RGPD'16), la cual debe ser tenida en cuenta en las distintas fases del procedimiento de contratación.

Además hay que ponerlo en relación con la obligación que tienen los licitadores de indicar en su oferta si tienen previsto subcontratar los servidores o los servidores asociados a los mismos (carácter esencial), prevista en el literal e) del artículo 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, lo que conlleva que no es subsanable su omisión y debiendo procederse, en caso de inobservancia, a la exclusión del licitador.

También debe tenerse en cuenta diversas cuestiones tales como formalizar un contrato o acto jurídico vinculante





de acceso a datos del encargado con el subencargado; comunicarlo por escrito a los responsables afectados en un plazo aconsejable de máximo 10 días naturales, para que este pueda oponerse o no a la subcontratación.

Décimo primera.- La DG 24.1 PCAP refiere al literal a las instrucciones, que en su caso, le diere el responsable del contrato designado por el órgano de contratación. Se considera aclarar este extremo para no llevar a confusión las figuras del responsable de contrato y el responsable de tratamiento. En este último, no cabe su designación por el órgano de contratación, sino que se erige en responsable de tratamiento a tenor de lo dispuesto en el marco normativo en materia de protección de datos.

Décimo segunda.- Se considera mencionar los límites en materia de protección de datos que deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (DG 24.4 PCAP).

Décimo tercera.- La supresión de este apartado por cuanto se considera que parte de su contenido es propio de las instrucciones de encargo (recomendación primera), además, la ubicación en la fase de ejecución de contrato en el PCAP, supone la confusión de la prescripción de obligaciones en materia de protección de datos que deben ser incardinadas en otras fases del procedimiento. No obstante, se hacen las siguientes observaciones a la DG 24 BIS:

- a) Suprimir del punto 1 la indicación “que no sea parte del contrato”. Esto obedece a que sólo podrán tener acceso a los datos la encargada de tratamiento, la responsable del tratamiento y aquellas personas autorizadas por estas.
- b) Incorporar la relación de los responsables de tratamiento, evitando “direcciones generales afectadas”.
- c) Revisar la redacción siguiente: «*El Anexo V “Tratamiento de Datos Personales” describe en detalle los Datos Personales a proteger*», por cuanto el contenido del anexo V no hace una descripción detallada como se señala.
- d) El apartado C) debe ser revisado conforme a la recomendación quinta. Remitir a las instrucciones de encargo que sean suscritas por cada responsable.
- e) Revisar la redacción del apartado C.3) dado que no se detallan las medidas de seguridad.
- f) Incorporar o revisar que la relación de personal que establece el apartado 5 sea al responsable del tratamiento. Además, se produce cierta confusión con el principio de confidencialidad en materia de protección de datos con el secreto profesional.
- g) La especificación de los datos (15)) no se hace en el anexo III, sino en el acuerdo de instrucciones. Revisar la redacción.
- h) Se advierte que lo señalado en la disposición general 24 BIS C) 17) atenderá al nivel de incidente que pueda sucederse. En el supuesto que constituya un incidente que precise notificación, se deberá cumplir con lo exigido para ello por el RGP'16.
- i) Las remisiones a las instrucciones deben revisarse cuando sea elaborado el documento de instrucciones en materia de protección de datos.

Décimo cuarta.- El anexo V hace referencia a la descripción de los datos que son objeto de tratamiento por la encargada de tratamiento de datos personales, por lo tanto, el contenido debe ajustarse a ello, evitando referencias cuyo contenido es objeto de otro tipo de documentos, como por ejemplo, el de instrucciones de encargo. Se hacen las siguientes observaciones:

- a) Advertir que debe tener en cuenta los distintos tratamientos y responsables, dejando constancia de ello. Identificar los tratamientos afectados y los enlaces correspondientes de cada una de esos tratamientos,





considerando que no es adecuado la remisión al enlace del inventario.

b) La descripción del apartado 1 debe hacer referencia a cómo son los tratamientos de datos a consecuencia de la materialización del objeto del contrato. Hay que analizar si todos los datos expresados en los tratamientos se van a ver involucrados en las tareas descritas.

c) El enlace relacionado con la finalidad no es el indicado, este es el del inventario de tratamientos.

Décimo quinta.- Incorporar lo prescrito en el artículo 35 d) de la Ley de Contratos del Sector Público que señala en el siguiente tenor literal: «*Los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones: (...) d) Referencia a la legislación aplicable al contrato, con expresa mención al sometimiento a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos*».

LA DELEGADA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
MARIA CRISTINA MARICHAL RODRIGUEZ - TITULADO SUPERIOR	Fecha: 19/08/2024 - 12:16:37
Este documento ha sido registrado electrónicamente:	
REGISTRO INTERNO - N. Registro: CTE / 3876 / 2024 - Fecha: 19/08/2024 12:20:40	Fecha: 19/08/2024 - 12:20:40
En la dirección https://sede.gobiernodecanarias.org/sede/verifica_doc?codigo_nde= puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: RP001-000I2nMRsbtIYo3wHAFH6seGg==	 
El presente documento ha sido descargado el 20/08/2024 - 12:08:09	