



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 0 / 2 0 2 0

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de julio de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Consejo Insular de Aguas de La Gomera en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de Servicio de Control de Horarios del personal del Consejo Insular de Aguas de La Gomera, adjudicado el 10 de marzo de 2020 a la empresa (...) (EXP. 244/2020 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por oficio de 14 de julio de 2020 del Presidente del Consejo Insular de Aguas de La Gomera, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato administrativo de Servicio de Control de Horarios del personal del Consejo Insular de Aguas de La Gomera, adjudicado el 10 de marzo de 2020 a la empresa (...).

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión, se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.d.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 191.3.c) 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) y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

Asimismo, respecto a la legitimación para solicitar el dictamen, también resulta de aplicación el art. 15 de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas, que establece

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

que el Presidente del Consejo Insular de Aguas será el del Cabildo Insular correspondiente, todo ello, en relación con el ya citado art. 12.3 LCCC.

3. Habiéndose adjudicado el presente contrato el 10 de marzo de 2020, iniciando su ejecución el 17 de marzo de 2020, resulta aplicable la LCSP en cuanto al expediente de contratación y efectos, cumplimiento y extinción del contrato (DT1ª).

4. En cuanto al procedimiento de resolución contractual propiamente dicho, al haberse iniciado el expediente de resolución del contrato el día 2 de junio de 2020, es aplicable el plazo de ocho meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). El plazo máximo de ocho meses, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establecido en el art. 212.8 LCSP, computa desde su inicio el 2 de junio de 2020.

5. Como se ha indicado, resulta aplicable, en cuanto al procedimiento de resolución contractual, el art. 212 LCSP, que remite al desarrollo reglamentario. En este caso, el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, señala el procedimiento a seguir.

De la referida normativa se infiere la necesidad de emisión del dictamen de este Consejo Consultivo, y el informe del Servicio Jurídico cuando haya oposición a la resolución del contrato por parte del contratista.

II

Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

1. El 10 de marzo de 2020 se adjudicó a la empresa (...) el contrato de «*Servicio de Control de Horarios del personal del Consejo Insular de Aguas de La Gomera*» por importe de 1.699,98 € más 119,0 0€ en concepto de IGIC, lo que hace un total, para veintidós meses de contrato, de MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON NOVENTA Y OCHO CÉNTIMOS (1.818,98 €), a razón de 82,6 8€ IGIC incluido por cada mes completo.

Siendo el objeto del contrato el suministro de terminales, así como la instalación y mantenimiento de un sistema integral de control horario de los empleados públicos del Consejo Insular de Aguas de La Gomera, para poder llevar de forma eficaz y ágil

el control del personal de este Organismo Autónomo, y su plazo de ejecución desde el 17 de marzo de 2020 hasta el 17 de enero de 2022.

2. El contrato se formalizó en las condiciones establecidas en la orden de adjudicación, prestando el contratista la conformidad al pliego de cláusulas administrativas particulares y a las mejoras ofertadas.

3. El 1 de junio de 2020 se emite informe del responsable del contrato poniendo de manifiesto una serie de hechos susceptibles de constituir causa de resolución del contrato, señalando:

«- El contrato no se ajusta al apartado 3.3. del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) al no cumplir la característica funcional exigida y que literalmente dice: "Suministro adicional de una Aplicación móvil/Tablet con las siguientes características: No debe ser una `Browser App` o simplemente un visualizador de la página web a través de App en vez del navegador. Debe ser una versión a medida y añadir valor a la gestión a través de la App, ya que el acceso web se puede realizar a través de los navegadores (...)".

- El contrato no se ajusta al apartado 3.3.b) del PPTP al no cumplir la característica funcional exigida sobre Procedimientos de vacaciones, permisos y licencias, y más concretamente en las fases de informe Órgano Favorable, Fase Resolución y Fase Validación. La implementación exigida a la empresa ha resultado ser deficiente tanto en tiempo cómo en forma.

- El contrato no se ajusta inicialmente al apartado 3.3.c) del PPTP al no cumplir la característica funcional exigida sobre Módulo del empleado, y más concretamente en no permitir a los usuarios realizar las tareas de aportar documentos para justificaciones precisas.

- El contrato no se ajusta inicialmente al apartado 3.3.d) del PPTP al no cumplir la característica funcional exigida sobre Informes, y más concretamente al no disponer la aplicación de un módulo de informes que permita al usuario autorizado, generar al menos los tipos de informes exigidos (Informes de control de la jornada laboral, Informes de actividad, Informes de perlados de ausencia e Informes sobre el absentismo).

- El contrato no se ajusta al apartado 3.3.a) del PPTP al no cumplir la característica funcional exigida sobre Gestión de los fichajes, y más concretamente en el apartado referente a "(...) El Sistema deberá tener un mecanismo de validación en el cual puedan reflejarse las acciones administrativas que se aplican a la jornada laboral. Acciones como la autorización de una ausencia o la validación de una baja, que deben permitirse incluso a posteriori (...)".

- Que han sido reiteradas las incidencias registradas con el portal de horarios y gestión de permisos, pues se trata de una plataforma que no se ajusta a los requisitos exigidos, donde la fecha en la que nos encontramos su funcionamiento sigue siendo defectuoso ocasionando problemas de gestión a los usuarios en su gestión».

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento de resolución contractual, constan las siguientes actuaciones:

- Mediante providencia de la Gerencia, de 1 de junio de 2020 se solicita informe jurídico a la Secretaría, que se emite el 2 de junio de 2020.

- Por Resolución de la Gerencia, de 2 de junio de 2020, se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato en virtud del art. 211.1.f) LCSP y en igual fecha se notifica y concede trámite de audiencia por plazo de diez días naturales al contratista a fin de que manifiesten las alegaciones que a su derecho convenga.

- El 11 de junio de 2020 el contratista presenta escrito formulando alegaciones a la Propuesta de Resolución del contrato en las que, si bien reconoce sus incumplimientos, los justifica, y manifiesta su oposición a la resolución del contrato, ofreciendo la subsanación de las deficiencias detectadas.

- En fecha 18 de junio de 2020 se emite informe del responsable y del coordinador del contrato de contestación a las alegaciones formuladas por la entidad contratista, en el sentido de desestimarlas.

- El 23 de junio de 2020 se emite Propuesta de Resolución que es remitida a este Consejo para ser sometida a preceptivo dictamen.

IV

1. La Propuesta de Resolución considera que existe causa de resolución del contrato, en virtud de las cláusulas 25.2 y 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen el contrato y del art. 211.1.f) LCSP, por causa imputable al contratista, a cuyo efecto resulta pertinente transcribir la contestación a cada una de las alegaciones formuladas por la contratista, efectuada por el Servicio Técnico, que constituye correcta fundamentación de la Propuesta de Resolución:

Ante todo, y respecto al comienzo de las alegaciones, donde la empresa manifiesta en su defensa, que *«lamenta los inconvenientes ocasionados»* justificándolos en el estado de alarma por el COVID 19, como, efectivamente señala el responsable del contrato, no se puede aceptar tal justificación, puesto que, en

todas las comunicaciones mantenidas con el contratista, nunca manifestó la inconveniencia de prestar el servicio debido al estado de alarma. Máxime cuando se trata de un servicio digital donde el portal de acceso y su implantación, así como las comunicaciones con la empresa son telemáticas.

Entrando ya en las causas alegadas por la Administración respecto de los incumplimientos contractuales, muchas de las que vuelve a defenderse la contratista invocando el COVID, debe señalarse:

«(...) 2.- Respecto al apartado 3.3 del Pliego de Prescripciones Técnica:

1.- El párrafo literalmente dice: “Suministro adicional de una Aplicación móvil/Tablet con las siguientes características: No debe ser una `Browser App` o simplemente un visualizador de la página web a través de App en vez del navegador. Debe ser una versión a medida y añadir valor a la gestión a través de la App, ya que el acceso web se puede realizar a través de los navegadores. Fichaje por geolocalización desde la aplicación”.

Del párrafo se puede entender que se debe proporcionar una aplicación para móvil o tablet y característica referida en el citado párrafo es el fichaje por geolocalización. (...), no sólo no han proporcionado ninguna aplicación, sino que se han limitado a ofrecer el fichaje por geolocalización a través del móvil o la tablet a través del navegador del móvil o tablet, incumpliendo expresamente la frase literal “No debe ser una `Browser App` o simplemente un visualizador de la página web a través de App en vez del navegador”. Cuando se comenta versión a medida, no se debe entender como el desarrollo de una versión a medida del Consejo, sino como una versión a medida del aplicativo a instalar y que básicamente permita el fichaje por geolocalización.

3.- Respecto al apartado 3.3.b) del Pliego de Prescripciones Técnicas.

En este apartado valoramos el esfuerzo y dedicación de la empresa, pero en el pliego se detalla los requisitos exigidos y la empresa (...) no cumple y sigue sin cumplir los requisitos exigidos en el apartado 3.3.b) que literalmente dice:

“3.3.b).- Procedimientos de vacaciones, permisos y licencias.

Será responsabilidad del adjudicatario el desarrollo en el mismo entorno donde el trabajador realice las consultas de una función que permita la gestión de los procedimientos de vacaciones, permisos y licencias. Estos procedimientos se desarrollan siguiendo las siguientes fases:

- Fase de Grabación - Solicitud: El trabajador grabará su solicitud, la aplicación le informará en caso de vacaciones de los días disfrutados y los días que resta por disfrutar (así como todas aquellas circunstancias que minoran dichos días), en caso de otro tipo de permisos se le indicará los días que le corresponden. Si el trabajador tratara de solicitar más

días de los que correspondiera, deberá mostrar un mensaje de error informándole de dicha circunstancia. Deberá recogerse un campo de observaciones. El solicitante podrá pedir la modificación/anulación de las solicitudes. Al enviar la solicitud al Órgano Gestor, la aplicación enviará un mensaje al responsable de su autorización, informando sobre la solicitud en curso, así como al competente en el Órgano Gestor para informar.

- Fase de Informe Órgano Favorable: En esta fase, la persona competente para informar de la solicitud evaluará la procedencia de la misma. Se habilitará un campo para incluir la motivación en caso de que el informe fuera desfavorable. Dentro de esta fase se deberá tener la posibilidad de tener varios niveles escalonados de validación.

- Fase Resolución: En esta fase se procederá a la emisión de la resolución (favorable o desfavorable) por parte de la persona competente.

- Fase Validación: En caso de tratarse de un permiso o licencia, que necesitará la presentación posterior de alguna justificación, se añadirá una nueva fase en la que por la persona competente se señalará si la documentación ha sido entregada. En caso de que transcurra el plazo sin que se presente se validará como desfavorable. Que ante cualquier aviso, nota o incidencia que se ponga a un empleado público, se avise de la misma a este, mediante distintos medios, móvil, email u otros, con el fin de que pueda estar avisado, por si no viera la aplicación en unos días”.

4.- En el apartado 3.3.d.- Informe, se detalla los informes inicialmente exigidos y que la aplicación no cumple, al margen de los modelos de informe que se pudieran solicitar durante la prestación del servicio. El aplicativo no cumple con el apartado 3.3.d.

5.- En el apartado 3.3.a. habla la empresa de un problema de comunicación, cuando son varios correos que se ha advertido de esta situación.

6.- Existe un email a soporte@tantice.com del 26 de mayo, que, salvo error por nuestra parte, sigue sin contestar ni resolver, donde se solicita:

“Configurando los tipos de permisos surgen las siguientes cuestiones:

1. Posibilidad de eliminar `periodos` en los tipos de permisos, puesto que actualmente no puedo hacerlo.

2. Eliminar los tipos de permisos `Día libre` y `Asuntos propios`.

Por ejemplo, en Vacaciones sigue apareciendo dos periodos, cuando solo se solicita un periodo.

7.- En el apartado 3.3.c a la hora de aportar documentos existe la opción, pero presenta problemas a la hora de subir documentos. Si bien esta incidencia no se comunicó a la empresa, dado que se trataba de una más de menor importancia con respecto a las que se habían comunicado con anterioridad.

8.- Señalar que se ha valorado muy positivamente el suministro de terminal de reconocimiento facial, la predisposición del personal de la empresa y se ha tenido en cuenta la situación que estamos atravesando con el COVID-19, que no era óbice para cumplir con la prestación, pero tal y como se ha detallado anteriormente, la aplicación no cumple con lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas. (...)».

2. Para calificar la obligación principal del contrato se ha de acudir a la Cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, donde dice:

«El objeto del contrato será el suministro de terminales, así como la instalación y mantenimiento de un sistema integral de control horario de los empleados públicos del Consejo Insular de Aguas de La Gomera, para poder llevar de forma eficaz y ágil el control del personal de este Organismo Autónomo.

La ejecución del objeto del contrato deberá adecuarse a las prescripciones técnicas anexas que tienen carácter contractual. El contrato de servicios comprenderá la totalidad de prestaciones y actuaciones previstas y definidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares».

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas, en sus apartados 1 y 2, relativos al objeto y características del contrato, dispone lo siguiente:

«1. Objeto del contrato.

El presente Pliego de Prescripciones Técnicas tiene como objeto la regulación de las condiciones técnicas particulares que han de regir en la contratación del Servicio Integral de Control de Horarios de los empleados públicos del Consejo Insular de Aguas de La Gomera, que consistirá en poner a disposición del Organismo Autónomo un sistema de gestión integral de control de horarios y análisis de la información generada por el mismo (...).

2. Características del contrato.

El contrato se caracteriza por el suministro, instalación, implantación, migración, carga de datos y puesta en marcha de todo el equipamiento de hardware y software necesario para el control de horario por huella biométrica de los empleados públicos del Consejo Insular de Aguas de La Gomera, así como la formación a los gestores y usuarios del sistema. Permitirá gestionar adecuadamente los permisos, licencias y vacaciones del personal, así como el cumplimiento de los horarios establecidos (entradas y salidas de los centros de trabajo) y la gestión de las incidencias en los fichajes (...).

Del informe técnico en respuesta a las alegaciones del contratista se puede concluir sin gran dificultad que ésta no ha proporcionado la aplicación con los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, lo que no permite el control horario de los empleados del Consejo Insular de Aguas en las

condiciones técnicas requeridas, así como tampoco una gestión adecuada de los permisos, licencias y vacaciones del personal.

Asimismo, en la cláusula 25.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se establece que en el caso de que la empresa contratista realizase defectuosamente el objeto del contrato, o incumpliera los compromisos adquiridos en virtud del contrato, o las condiciones especiales de ejecución establecidas en citado pliego, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato o bien imponer unas penalizaciones económicas. En este caso, ante la constatación de la realización defectuosa del objeto del contrato, que impide el cumplimiento de la obligación principal del mismo, el Consejo Insular de Aguas ha optado por la resolución del contrato.

Además, tal y como este Consejo se ha pronunciado en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 243/2019, de 20 de junio y 106/2020, de 14 de mayo), sobre incumplimiento de la obligación principal del contrato, hemos citado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la STS de 1 de octubre de 1999 que señala que *«a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación»*, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de *«denominación»* que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

3. Por todo ello, en virtud de todo lo señalado, resulta conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, pues la contratista no ha conseguido desvirtuar las causas de resolución, confirmando sus incumplimientos, tal y como ha expuesto la Propuesta de Resolución en virtud del informe técnico, en el que, si bien se valoran los esfuerzos de la empresa, no pueden obviarse los incumplimientos que concurren y motivan la adecuada resolución del contrato en virtud de las normas invocadas por la Administración.

Asimismo, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución en relación con los efectos en ella previstos pues, si bien se trata de incumplimiento culpable del contratista, no se aprecia mala fe ni dolo, ni, por las circunstancias concurrentes, procede indemnización alguna en concepto de daños y perjuicios.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que acuerda la resolución del contrato administrativo de Servicio de Control de Horarios del personal del Consejo Insular de Aguas de La Gomera, adjudicado a la empresa (...), se ajusta a Derecho.