Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 1 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 6 de junio de 2024.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica y Energía del Gobierno de Canarias en relación con el *Procedimiento de Resolución del contrato de servicios denominado «Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, correspondiente a Sistema de información de energías renovables. EneVER», adjudicado a la entidad (...) (EXP. 261/2024 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica y Energía por oficio de 24 de abril de 2024, con entrada en este Consejo Consultivo el 26 de abril de 2024, es la Propuesta de Resolución mediante la cual se resuelve el contrato de servicios denominado «*Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, correspondiente a Sistema de información de energías renovables. EneVER*», adjudicado a la entidad (...), por un precio de 52.327,17 euros, incluido IGIC.

2. La legitimación para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para la emisión del Dictamen 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 (en adelante, LCCC), en relación con el art. 191.3, letra a), 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 (en adelante, LCSP), y el art.

[*] **Ponente: Sr. Pérez Hernández.**

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, (en adelante, RGLCAP), preceptos que son de aplicación, de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la citada LCSP, al señalar que « *(...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista*». Circunstancias estas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista-.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), también de carácter básico.

3. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

3.1. Respecto a la regulación del contrato es oportuno traer a colación lo ya indicado por este Consejo Consultivo, entre otros, en sus Dictámenes 233/2019, de 20 de junio, 391/2019, de 7 de noviembre o 320/2020, de 30 de julio, que distingue el régimen sustantivo aplicable al contrato del régimen procedimental aplicable a la resolución del contrato.

Así, en cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de servicios denominado *«Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, correspondiente a Sistema de información de energías renovables. EneVER»*, por Orden del Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica y Energía de fecha 2 de agosto de 2023, resulta de aplicación la LCSP (Disposición Transitoria primera.2 en relación con la Disposición final decimosexta LCSP).

Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según dispone el art. 25 LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -actualmente, y a falta de tal desarrollo reglamentario, el RGLCAP-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

3.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que:

3.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Este criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la LPACAP [«*a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*»], norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición final cuarta LCSP.

3.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 2 de febrero de 2024, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al «*procedimiento de ejercicio*» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)].

Por su parte, el art. 112.2 LCSP establece que «El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común» y el art. 109.1, apartado b) RGLCAP, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

4. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual corresponde al Consejero de Transición Ecológica y Energía del Gobierno de Canarias en cuanto órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). Como tal órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato, conforme al art. 190 LCSP, sin perjuicio de las posibles delegaciones de competencia.

5. El plazo de resolución (y caducidad) de los procedimientos de resolución contractual es de ocho meses -desde el 1 de enero de 2023-, de acuerdo con la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, cuya Disposición adicional sexagésimo segunda que lleva por rúbrica *«Procedimientos de resolución contractual en materia de contratación pública»*, establece que *«Los procedimientos de resolución contractual que se tramiten en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, incluidas sus entidades locales, y estén incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación estatal de contratos del sector público, deberán ser instruidos, resueltos y notificados, en el plazo máximo de ocho meses. La falta de resolución expresa en el plazo indicado conllevará la caducidad y el archivo de las actuaciones»*.

Por ello, habiéndose incoado el presente procedimiento de resolución contractual con fecha 2 de febrero de 2024, podemos concluir que su caducidad se producirá el 2 de octubre de 2024, si antes no se resuelve y notifica la resolución a los interesados, siendo posible, de acuerdo con la doctrina de este Consejo Consultivo expuesta en el Dictamen 481/2022, de 7 de diciembre, la suspensión del plazo de caducidad por el tiempo que media entre la solicitud del Dictamen y su definitiva recepción, siempre que se acuerde expresamente, se motive debidamente y sea notificado, por exigencia del art. 22.1.d) LPACAP, al contratista interesado. Esta suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

6. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que obsten un pronunciamiento sore el fondo del asunto.

II

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

- Previos los trámites oportunos mediante Orden n.º 4/2023, de 2 de agosto, del Consejero de Transición Ecológica y Energía, se adjudicó a la entidad (...) (en adelante, (...)) el contrato denominado «*Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, correspondiente a Sistema de información de energías renovables. EneVER*».

- Con fecha 30 de agosto de 2023 se formalizó con la empresa (...) el contrato administrativo denominado *«Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial,* correspondiente a *Sistema de*

información de energías renovables. EneVER», con un precio de 48.903,90 euros, siendo el importe del IGIC a repercutir de 3.423,27 euros, lo que suma un total de 52.327,17 euros, IGIC incluido.

De acuerdo con su cláusula tercera, el contrato tiene un plazo de duración de un año, a contar desde el 1 de diciembre de 2023 hasta el 30 de noviembre de 2024 (ambos incluidos).

- Para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, la empresa adjudicataria constituyó a favor de la Administración en la Tesorería General de la Comunidad Autónoma de Canarias, una garantía definitiva por importe de 2.445,20 euros, mediante documento de seguro de caución n.º 4.294.326 de fecha 27 de junio de 2023 de la Entidad Avalista: (...) (ANTES (...)).

- Mediante documento contable «O» n.º de captura 487506 por importe de 4.360,60 euros, contabilizado el 31 de diciembre de 2023, se abonó el primer pago del contrato, una vez recibido el informe de actividad de la empresa contratista, al que se dio conformidad por el Jefe de Sección de Modernización y Organización, designado por Orden del Consejero de Transición Ecológica y Energía n.º 25 de 11 de septiembre de 2023 como responsable titular del contrato.

- Con fecha 30 de enero de 2024, por el responsable del contrato y por la Jefa del Servicio de Modernización y Tecnologías de la Información la Consejería Transición Ecológica y Energía, se emite informe a los efectos de que se acuerde la resolución del contrato, por incumplimiento de los compromisos acordados en virtud del mismo, en base a los siguientes motivos:

«1.1. Contrato.

En la cláusula PRIMERA del contrato suscrito, el representante de la adjudicataria, se compromete, entre otros:

(...) con estricta sujeción al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y a las Prescripciones Técnicas anexas, y en las condiciones contenidas en su oferta que se anexa al presente contrato, a realizar el Lote 3 del servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial con el fin de dar continuidad al Proyecto INTERDATA (análisis y desarrollo de las Plataformas de intercambio de datos) y al objeto de cumplir con los objetivos estratégicos asociados tanto a la transformación digital como a la dirección por objetivos como ejes de actuación de la Estrategia Marco de Gobierno Abierto, establecida por el Gobierno de Canarias.

Lote 3. Sistema de información de energías renovables. EneVER:

Backoffice de gestión de datos para el área de Energía (...)

El equipo de trabajo, que reúne los requisitos de titulación, perfil y experiencia exigidos en la cláusula 4.3.2 b) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, estará integrado por los siguientes miembros:

Un Jefe de proyecto.

Un Consultor Tecnológico.

Un Programador.

El contratista se compromete a proporcionar al equipo de trabajo formación adicional sobre la aplicación al desarrollo de software e interoperabilidad y seguridad de sistemas de información para la Administración Pública de la siguiente legislación:

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

Asimismo, en el mes siguiente a la firma de este contrato debe presentar un plan de conciliación laboral y una declaración responsable comprometiéndose a su mantenimiento durante la ejecución del contrato. El contenido mínimo del plan es el siguiente:

Objetivos: generales y específicos.

Acciones y medidas.

Cronograma o programa de trabajo.

Personas responsables.

Presupuesto.

Seguimiento y evaluación"

1.2. Sobre el equipo de trabajo.

La cláusula 4.- APTITUD PARA CONTRATAR (arts. 65 y ss. LCSP) del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) aprobado, al que queda sometido el contrato, en su apartado 4.3.2. Solvencia técnica o profesional, determina, por lote, el número mínimo de miembros que deberá integrar el equipo de trabajo, así como sus requisitos en cuanto a titulación requerida, experiencia mínima y dedicación mínima. En

concreto, el equipo de trabajo mínimo del lote 3 necesariamente estará formado por una (1) persona jefe de proyecto, una (1) persona consultora tecnológica y una (1) persona programadora.

En la misma línea, la cláusula 7. REQUISITOS DEL EQUIPO DE TRABAJO del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), establece "como requisito el compromiso por parte del adjudicatario de la adscripción al proyecto, y durante el periodo de ejecución, de un equipo mínimo, durante toda la ejecución del contrato con independencia de los que puntualmente deba asignar para la resolución de una o más tareas". Además, indica claramente que "El equipo humano que se incorporará tras la formalización del contrato para la ejecución de los trabajos deberá estar formado por componentes relacionados en la oferta adjudicataria", detallando el procedimiento a seguir para la autorización de cambios puntuales en la composición del equipo siempre por "candidatos con un perfil de cualificación técnica igual o superior al de la persona que se pretende sustituir".

De acuerdo con la cláusula 24.6.3 PCAP, la adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales y/o materiales comprometidos en cumplimiento de los dispuesto en la cláusula 4.4 PCAP -sobre la concreción de las condiciones de solvencia- tiene el carácter de obligación contractual esencial.

1.3. Sobre la formación adicional.

La cláusula 24. PCAP relaciona las obligaciones del contratista, entre las que se encuentra, la de formar al equipo de trabajo sobre la legislación relativa al desarrollo de software e interoperabilidad y seguridad de sistemas de información de la Administración.

1.4. Sobre la protección de datos y tratamiento de datos personales

En esta materia, la cláusula 24.BIS.- PROTECCIÓN DE DATOS Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PCAP, establece las obligaciones que debe asumir y garantizar el contratista, en calidad de encargado de tratamiento, figurando, entre otras:

5) Entregar al responsable del contrato antes del inicio de los trabajos, una relación de todo el personal que tenga acceso a los datos de carácter personal con funciones y lugar donde van a desarrollar el trabajo. Si durante la ejecución del contrato fuera necesario incorporar a otras personas entregará una nueva relación en un plazo máximo de una semana desde que sucediera este hecho.

Tanto la contratista como todo el personal que figure en estas relaciones deberá comprometerse formalmente por escrito a mantener el secreto profesional con respecto a los datos tratados y a cumplir con las medidas de seguridad correspondientes, de las que les debe informar convenientemente.

Las obligaciones contenidas en la cláusula 24.BIS PCAP tienen carácter esencial a los efectos de lo previsto en el artículo 211.1.f) LCSP; constituyendo el incumplimiento de estas obligaciones causa de resolución del contrato.

1.5. Sobre el plan de conciliación

Como condición especial de ejecución de tipo social, la cláusula 25.3 PCAP en concordancia con el artículo 202 LCSP, requiere la entrega de "un plan de conciliación laboral y una declaración responsable del adjudicatario por la que se comprometa a su mantenimiento durante la ejecución del contrato, los cuales se deberán presentar transcurrido un mes desde la firma", señalando el contenido mínimo del citado plan.

El cumplimiento de esta condición tiene el carácter de obligación contractual esencial.

2.DISFUNCIONES EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

2.1 Inicio del proyecto.

Con la finalidad de iniciar los trabajos propios del servicio desarrollo contratado, el responsable del contrato -designado mediante Orden núm. 25/2023 del Consejero de Transición Ecológica y Energía- se puso en contacto con el responsable de desarrollo del negocio del adjudicatario, quien introdujo a (...) como jefe de proyecto, en sendos correos electrónicos de 6 de noviembre de 2023:

(...)

Sobre la constitución del equipo de trabajo.

Posteriormente, se han intercambiado varios bloques de correos electrónicos para conocer, sin éxito, el equipo de personas adscrito a la ejecución del contrato:

a) Correo electrónico enviado el 21 de noviembre de 2023, respondido por (...) el 22 de noviembre.

(...)

b) Correo electrónico enviado el 7 de diciembre de 2023, respondido por (...) el mismo día.

(...)

c) Correo electrónico enviado el 9 de enero de 2024, respondido por (...) el 11 de enero y atendido por el responsable del contrato el día 12 de enero.

(...)

2.4. Resultado sobre la conformación del equipo de trabajo.

A la fecha de este informe y tras los numerosos correos y reuniones celebrados, el equipo humano a incorporar tras la formalización del contrato para la ejecución de los trabajos debía de estar formado, como se ha visto anteriormente, por los componentes

relacionados en la oferta adjudicataria -de conformidad con la cláusula 7 PPT y el compromiso contractual asumido por la adjudicataria-, esto es:

Persona jefe de proyecto (...)

Persona consultora tecnológica (...)

Persona programadora (...)

La justificación de la solvencia técnica y suficiencia de medios se realizó con base en la propuesta realizada por (...), soportada por la documentación referida a las personas antes relacionadas. De forma que, se validaron la formación y experiencia solicitada única y exclusivamente de los miembros del equipo de trabajo propuestos, no otros.

Además, se da la circunstancia de que la persona propuesta como consultora tecnológica está realizando las funciones de jefe de proyecto, sin que se haya seguido el procedimiento fijado para la autorización de cambios puntuales en la composición del equipo.

Es más, del hilo de los distintos correos electrónicos -que figuran en las capturas de pantalla anteriores-, reiterando la petición de las personas adscritas a la ejecución de este contrato, se concluye que, actualmente, no hay equipo de trabajo alguno.

Sin equipo de trabajo definido, no cabe su formación adicional -exigida por la cláusula 24.1 PCAP- ni tampoco es factible el cumplimiento de la obligación de entregar, antes del inicio de los trabajos, de una relación de todo el personal con acceso a los datos de carácter personal -de acuerdo con la cláusula 24.BIS PCAP-.

En cuanto al requisito del plan de conciliación.

A pesar de que ha transcurrido más de un mes desde el inicio del plazo de ejecución de la prestación -fijado por la cláusula TERCERA del contrato el pasado 1 de diciembre de 2023-, todavía no se ha recibido el reiterado plan.

(...)

4. CONCLUSIONES.

Conforme a lo expuesto en el apartado 2.4. del presente informe, la empresa adjudicataria (...) no ha conformado el equipo de trabajo mínimo exigido por la cláusula 4.- APTITUD PARA CONTRATAR PCAP y la cláusula 7. REQUISITOS DEL EQUIPO DE TRABAJO PPT, habiendo superado ampliamente los plazos establecidos para ello, pese a la insistencia del responsable del contrato para asegurar la correcta prestación del servicio. Al no haber equipo de trabajo, no ha podido prestar la formación adicional exigida a los mismos.

Además, tampoco ha facilitado una relación mucho más amplia, esto es, de todo el personal con acceso a los datos de carácter personal, requerida en la cláusula 24.BIS.- PROTECCIÓN DE DATOS Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PCAP.

Conforme a lo descrito en el apartado 2.5. del presente informe, la empresa adjudicataria (...), tampoco ha hecho entrega del plan de conciliación, conforme a la cláusula 25.3 PCAP en concordancia con el artículo 202 LCSP.

Lo que se comunica, para su conocimiento y, a los efectos de la cláusula 28 PCAP, se acuerde la resolución del contrato por el órgano de contratación, teniendo en cuenta que el contratista ha incumplido varios de los compromisos adquiridos en virtud del contrato, así como la condición especial de ejecución de tipo social establecida».

- Con fecha 1 de febrero de 2024 se emite informe por la Jefa de Servicio de Contratación Administrativa y Administración General sobre la procedencia de iniciar procedimiento para la resolución del contrato administrativo *«Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial,* correspondiente a *Sistema de información de energías renovables. EneVER».*

III

En cuanto al expediente de resolución contractual**,** constan los siguientes trámites:

- Mediante Orden del Consejero de Transición Ecológica y Energía n.º 24/2024, de 2 de febrero, se inició procedimiento para la resolución del contrato administrativo *«Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial,* correspondiente a *Sistema de información de energías renovables. EneVER»,* suscrito con la empresa (...), en virtud del art. 211.1.f) LCSP, al haberse incumplido por la empresa contratista obligaciones contractuales esenciales estipuladas en el Pliego de Cláusulas Administrativas que regían la contratación.

- Con fechas 5 y 8 de febrero de 2024 se otorga trámite de audiencia al contratista y al avalista, respectivamente, por plazo de diez días naturales, de lo que reciben notificación el mismo día, presentando la entidad contratista escrito de alegaciones el día 15 de febrero de 2024, en el que se opone a la resolución del contrato, sin que por parte de la entidad avalista se hayan formulado alegaciones.

- Con fecha 15 de marzo de 2024 se emite informe en relación con las alegaciones formuladas por (...) en el que se concluye lo siguiente:

« (...) 3.1. Obligaciones del contratista

Conforme a lo expuesto, se confirma que no se precisa "comunicación previa de amonestación o llamada de atención" a (...) ni indicación sobre que debieran "presentar algún tipo de documentación administrativa de los perfiles adscritos al proyecto, ni del plan de conciliación" porque la incorporación del equipo mínimo requerido, así como la presentación de un plan de conciliación laboral son elementos exigidos por los pliegos y comprometidos contractualmente por la propia adjudicataria.

3.2. Objeto del contrato

La contratación de este Lote 3. Sistema de información de energías renovables. EneVER tiene por objeto el desarrollo de un backoffice de gestión de datos para el área de energía, en concreto, de determinados datos vinculados a las fuentes de producción de energías renovables; sin que, en ningún momento, se haya planteado un alcance distinto. De modo que, se configura como un proyecto de naturaleza estrictamente técnica.

Equipo mínimo

De los propios hechos expuestos por (...) en su escrito de alegaciones, se comprueba que ésta no ha conformado el referido equipo de trabajo mínimo de tres personas, habiendo superado ampliamente los plazos establecidos para ello, pese a las reiteradas solicitudes del responsable del contrato para asegurar la correcta prestación del servicio. De la ausencia de equipo de trabajo, se deriva el incumplimiento de otras obligaciones.

Plan de conciliación

Por último, se ha recibido un plan de conciliación registrado de (...), si bien no se conoce la relación de esta empresa con (...), empresa adjudicataria de la presente contratación y no otra.

Conclusión final

A la vista de las conclusiones parciales, se solicita que se acuerde la resolución del contrato por el órgano de contratación, teniendo en cuenta que el contratista ha incumplido varios de los compromisos adquiridos en virtud del contrato, así como la condición especial de ejecución de tipo social establecida».

- Con fecha 19 de marzo de 2024 se emite informe sobre la resolución del contrato administrativo *«Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, correspondiente a Sistema de información de energías renovables. EneVER».*

- Con fecha 9 de abril de 2024 por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias se emite informe preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el art. 20 II) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el

Reglamente de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en relación con el art. 191 LCSP.

- Finalmente, se emite borrador de Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transición Ecológica y Energía por la que se resuelve:

«Primero: Acordar la resolución del contrato administrativo del Lote 3 del servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, correspondiente a Sistema de información de energías renovables. EneVER, suscrito con la empresa (...), en virtud del artículo 211.1 f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, al haberse incumplido por la empresa contratista obligaciones contractuales esenciales estipuladas en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rige esta contratación.

Segundo: Acordar la incautación de la garantía definitiva constituida por dicha empresa en la Tesorería General de la Comunidad Autónoma de Canarias, por importe de DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS (2.445,20 €), mediante documento de seguro de caución n.º 4.294.326 de fecha 27.06.2023 de la Entidad Avalista: (...), n.º del Depósito en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera: 2023001754 de fecha 3/07/2023, Caja 02 "Ingresos de Gran Canaria (...) ».

IV

1. Como hemos reiterado en distintas ocasiones (véase, en este sentido, el Dictamen 474/2022, de 7 de diciembre), se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento *«grave»* del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992). Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que *«el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos»*.

Además, entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado: *« (...) Una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato. Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 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.

Así resulta, como trascribe la Propuesta de Resolución, que "por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato».

2. Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de servicios en su art. 313 y, en este caso, en la cláusula 35 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

Respecto a la remisión que hace el art. 313 LCSP a las causas generales de resolución del contrato señaladas en el art. 211 de la citada Ley, el art. 211.1.f) LCSP contempla como causa de resolución «El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general».

Por su parte, el PCAP que rige la contratación, en su cláusula 35, regula la resolución del contrato, estableciendo lo siguiente:

«Además de por su cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los artículos 211 y 313 de la LCSP.

La resolución del contrato producirá los efectos previstos en los artículos 213 y 313 de la LCSP.

Producirá igualmente la resolución del contrato, el incumplimiento por la persona contratista de la obligación de guardar sigilo a que se refiere la cláusula 24.3, respecto a los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y hayan llegado a su conocimiento con ocasión del mismo.

Así mismo, serán causas de resolución del contrato, dando lugar a los efectos antes indicados, las causas previstas en el artículo 6 del Decreto 87/1999, de 6 de mayo, por el que se regula la subcontratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

También será causa de resolución del contrato:

- El incumplimiento de las obligaciones relativas al tratamiento de datos personales».

3. En el presente caso la Propuesta de Resolución resuelve el contrato de servicios que nos ocupa amparándose en el art. 211.1 f) LCSP, al considerar que la entidad contratista ha incumplido las obligaciones contractuales esenciales estipuladas en el PCAP.

En particular, se considera que las obligaciones contractuales esenciales incumplidas son las relativas al equipo de trabajo (cláusula 4 PCAP); la formación adicional (cláusula 24 PCAP); la protección de datos y tratamiento de datos personales (cláusula 24 Bis PCAP); y el plan de conciliación (cláusula 25.3 PCAP).

Son obligaciones cuya importancia y relevancia se pone de manifiesto en la cláusula primera del documento de formalización del contrato administrativo *«Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial,* correspondiente a *Sistema de información de energías renovables. EneVER»*, de fecha 30 de agosto de 2023, en la que se estipula lo siguiente:

« (...) El equipo de trabajo, que reúne los requisitos de titulación, perfil y experiencia exigidos en la cláusula 4.3.2 b) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, estará integrado por los siguientes miembros:

Un Jefe de proyecto.

Un Consultor Tecnológico.

Un Programador.

El contratista se compromete a proporcionar al equipo de trabajo formación adicional sobre la aplicación al desarrollo de software e interoperabilidad y seguridad de sistemas de información para la Administración Pública de la siguiente legislación:

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

Asimismo, en el mes siguiente a la firma de este contrato debe presentar un plan de conciliación laboral y una declaración responsable comprometiéndose a su mantenimiento durante la ejecución del contrato. El contenido mínimo del plan es el siguiente:

Objetivos: generales y específicos.

Acciones y medidas.

Cronograma o programa de trabajo.

Personas responsables.

Presupuesto.

Seguimiento y evaluación».

4. Pues bien, para una adecuada resolución del presente procedimiento procede analizar cada una de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento se imputa a la entidad contratista.

Para ello se ha de analizar la regulación establecida en los pliegos que rigen el contrato, los cuales, de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo *«pacta sunt servanda»* con sus corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo art. 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, recogiendo así el principio *«in claris non fit interpretatio»* (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982).

Sentado lo anterior, en la cláusula 1 PCAP se define el objeto del contrato cuya resolución se pretende, al señalar que *«El objeto del contrato será la realización del servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, con el fin de dar continuidad al Proyecto INTERDATA de esta Consejería (análisis y desarrollo de las Plataformas de intercambio de datos) y al objeto de cumplir con los objetivos estratégicos asociados tanto a la transformación digital como a la dirección por objetivos como ejes de actuación de la Estrategia Marco de Gobierno Abierto, establecida por el Gobierno de Canarias.*

La ejecución del contrato deberá adecuarse a las prescripciones técnicas anexas que tienen carácter contractual.

(…)

La contratación se fracciona en los lotes que se detallan a continuación, constituyendo el objeto de cada lote una unidad funcional susceptible de realización independiente.

(…)

Lote 3. Sistema de información de energías renovables. EneVER:

Backoffice de gestión de datos para el área de Energía (…) ».

Por su parte, en la cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante, PPT), se definieron detalladamente las especificaciones técnicas del contrato y se concretaron las líneas de trabajo.

Pues bien, en relación con el objeto principal del contrato, en la cláusula 4.3.2. PCAP se estipuló que el equipo de trabajo estaría integrado, como mínimo, para el Lote 3, por una persona jefa o jefe de proyecto, una persona consultora tecnológica y una persona programadora, quienes deberían reunir los requisitos que en dicha cláusula del PCAP se establecen.

Asimismo, la cláusula 7 del PPT dispone lo siguiente:

«Se considera como requisito el compromiso por parte del adjudicatario de la adscripción al proyecto, y durante el periodo de ejecución, de un equipo mínimo, durante toda la ejecución del contrato con independencia de los que puntualmente deba asignar para la realización de una o más tareas.

A continuación, se detallan los requisitos y características del equipo mínimo requerido:

(…)

Lote 3. Sistema de información de energías renovables. EneVER

1 Persona Jefe de proyecto (…)

1 Persona Consultora Tecnológica (…)

1 Persona Programadora (…)

El equipo humano que se incorporará tras la formalización del contrato para la ejecución de los trabajos deberá estar formado por componentes relacionados en la oferta adjudicataria. La autorización de cambios puntuales en la composición del mismo requerirá:

** Justificación escrita, detallada y suficiente, explicando el motivo que suscita el cambio.*

** Presentación de posibles candidatos con un perfil de cualificación técnica igual o superior al de la persona que se pretende sustituir.*

Si la empresa adjudicataria propusiera el cambio de una de las personas del equipo de trabajo, se deberá solicitar por escrito con quince (15) días de antelación, exponiendo las razones que obligan a la propuesta. En su caso, el cambio deberá ser aprobado por la dirección del proyecto.

Los posibles inconvenientes de adaptación al entorno de trabajo y al proyecto debidos a la sustitución del personal, deberán subsanarse mediante un periodo de solapamiento de quince (15) días sin coste adicional.

Si durante la vigencia del contrato, se detectase por parte de la dirección del proyecto incapacidad técnica del equipo asignado, se podrá solicitar el remplazo del personal afectado, que deberá producirse en un plazo máximo de setenta y dos (72) horas».

Siendo estas las condiciones que regían el contrato en materia de equipo de trabajo, del análisis del expediente administrativo ha quedado acreditado que la entidad contratista no ha llegado a formar el equipo mínimo de tres personas exigido por los pliegos y comprometido por ella para la contratación.

Hay que recordar o reseñar que la configuración de dicho equipo, por otro lado, sirvió de base para la justificación de la solvencia técnica y suficiencia de medios de la misma, de forma que se validaron la formación y experiencia solicitada única y exclusivamente de los miembros del equipo de trabajo propuestos y no otros.

Tal como se hace constar en los informes obrantes en el expediente administrativo, desde el primer momento se desconoce la identidad de dos de los recursos exigidos, a pesar del tiempo transcurrido desde el inicio de ejecución del contrato -1 de diciembre de 2023-.

En este sentido, consta en el correo electrónico de 6 de noviembre de 2023 reproducido en el expediente, que el responsable de desarrollo de negocio de (...), (...), presentó a (...) como jefe de proyecto, pasando de ser consultor tecnológico a jefe de proyecto, quedando vacantes, consecuentemente, los perfiles de persona consultora tecnológica y programadora.

Además, desde el inicio de la ejecución del contrato, (...) puso de manifiesto la ausencia de equipo de trabajo, mediante los distintos correos electrónicos intercambiados con el responsable del contrato. Así, con fecha 22 de noviembre de 2023 comunica que *«en cuanto me asignen a los miembros les envío el listado (...) »*; volviendo a reiterar el 7 de diciembre de 2023 *«Tengo esto entre los pendiente (...)*

estamos afinando los detalles con los equipos para completar las asignaciones al proyecto»; y, por último, en el correo electrónico de 11 de enero de 2024 manifestó *«Sobre los recursos no tengo buenas noticias porque la persona que tenía asignada como programador se nos dio de baja el 28/12/23 por causa de fuerza mayor».* De tal forma que la única persona del equipo que ha sido identificada es el jefe de proyecto -(...)- y ello a pesar de las alegaciones formuladas por (...) en el trámite de audiencia, al manifestar que con fecha 6 de febrero de 2024 ya habían contratado una persona programadora, por cuanto dicho extremo no ha quedado acreditado al no haber aportado la contratista prueba alguna (contrato, alta en la seguridad social, etc.) que acredite la referida contratación, y con ello la integración del equipo a que se obligó mediante la formalización del contrato que ahora se pretende resolver, pese a la disponibilidad y facilidad probatoria que le correspondía a (...) (art. 217.1.y 7 LEC).

Asimismo, (...) ha incumplido las prescripciones establecidas en la cláusula 7 del PPT en cuanto a la forma de llevar a cabo los cambios en la composición del equipo. A este efecto, tales cambios requerían autorización de la Administración contratante previa justificación escrita, detallada y suficiente, explicando el motivo que suscitaba el cambio, con presentación de posibles candidatos con un perfil de cualificación técnica igual o superior al de la persona que se pretendía sustituir, sin embargo nada de esto ha acontecido.

Consecuentemente con lo anterior, dada la ausencia de definición del equipo de trabajo tampoco cabe su formación adicional, obligación exigida por la cláusula 24.1 PCAP, ni tampoco es factible el cumplimiento de la obligación de entregar antes del inicio de los trabajos una relación de todo el personal con acceso a los datos de carácter personal configurada en la cláusula 24.Bis PCAP.

En definitiva, toda vez que de acuerdo con la cláusula 24.6.3 PCAP, la adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales y/o materiales comprometidos en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 4.4 PCAP -sobre la concreción de las condiciones de solvencia- tiene el carácter de obligación contractual esencial, es por lo que, acreditada la indeterminación en la configuración del equipo de trabajo, se considera que (...) ha incurrido en un incumplimiento grave del contrato.

Por último, también se imputa a la entidad contratista el incumplimiento de la condición especial de ejecución de tipo social prevista en la cláusula 25.3 PCAP, en la que se requiere la entrega de *«un plan de conciliación laboral y una declaración*

responsable del adjudicatario por la que se compromete a su mantenimiento durante la ejecución del contrato, los cuales se deberán presentar transcurrido un mes desde la firma», señalándose el contenido mínimo del plan. Además, conforme a dicha cláusula, tal obligación tiene carácter esencial.

Pues bien, también ha quedado acreditado que la empresa contratista durante el tiempo que ha estado ejecutando el contrato, y una vez transcurrido más de un mes desde su inicio, no ha presentado el plan de conciliación laboral. Es a propósito del escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, cuando aporta un *«Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en (...) 2022-2026»,* el cual, además de no ajustarse a los requerimientos de la cláusula 25.3 PCAP que se refiere a un plan de conciliación laboral y no de igualdad entre mujeres y hombres, viene referido al (...), el cual es ajeno a la presente contratación, desconociéndose además la relación que pueda tener con la entidad contratista, motivo por el cual no se puede dar por cumplida esta obligación de carácter esencial.

De todo lo reseñado anteriormente, y a pesar de lo alegado por la entidad contratista, resulta suficientemente acreditado el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato por causa imputable exclusivamente al contratista, concurriendo, pues, la causa de resolución del art. 211.1.f) LCSP, tal y como señala la Propuesta de Resolución.

5. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, se encuentran previstos en los arts. 213 y 313 LCSP.

En este sentido, de acuerdo con el art. 213.3 LCSP, «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada». En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida (art. 213.5 LCSP).

El importe de los daños y perjuicios podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entre tanto retenida la garantía (art. 113 RGLCAP).

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declare el incumplimiento culpable del contratista procede la

incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados supera el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020 de 3 de diciembre, 363/2018, de 12 de septiembre y 196/2015, de 21 de mayo).

En el caso que nos ocupa, la Administración no ha entrado a valorar si existen daños y perjuicios cuyo valor exceda de la garantía, por lo que tal circunstancia se deberá sustanciar en un procedimiento autónomo y contradictorio.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se procede a la resolución del contrato de servicios denominado «Lote 3. Servicio de desarrollo de herramientas de gestión de datos de la extinta Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, correspondiente a Sistema de información de energías renovables. EneVER», se considera conforme a Derecho, al incurrir en la causa de resolución prevista en el art. 211.1.f) LCSP, tal como se razona en el Fundamento IV del presente Dictamen.