

Dictamen n.º: **564/24**
Consulta: **Consejera de Economía, Hacienda y Empleo**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **26.09.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 26 de septiembre de 2024, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Economía, Hacienda y Empleo, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato de servicios denominado *“Asistencia Técnica a la Dirección General de Presupuestos en la realización de las tareas de seguimiento y gestión de los programas operativos 2014/2020 del FSE y FEDER, y Programas 2021/2027 FSE+ Y FEDER, nº de expediente A/SER-041492/2022”*, suscrito con AUREN CONSULTORES SP, S.L.P.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1 de julio de 2024 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de servicios denominado *“Asistencia Técnica a la Dirección General de Presupuestos en la realización de las tareas de seguimiento y gestión de los programas operativos 2014/2020 del FSE y FEDER, y Programas 2021/2027 FSE+ Y FEDER, nº de expediente A/SER-041492/2022”*, suscrito con AUREN CONSULTORES SP, S.L.P.

Estimándose incompleto el expediente, se solicitó desde este órgano consultivo el día 9 de agosto el complemento del expediente administrativo, con suspensión del plazo para emitir dictamen. El día 18 de septiembre, ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora la documentación solicitada, reanudándose el citado plazo.

Correspondió la ponencia a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión, en su sesión de 26 de septiembre de 2024.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) del contrato de servicios denominado “Asistencia Técnica a la Dirección General de Presupuestos en la realización de las tareas de seguimiento y gestión de los programas operativos 2014/2020 del FSE y FEDER, y Programas 2021/2027 FSE+ Y FEDER”, en los que esa dirección general ostenta el papel de organismo intermedio coordinador, fueron aprobados por Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de fecha 30 de diciembre de 2022, para su adjudicación por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios.

Resultan de interés para la emisión del dictamen, las siguientes características del contrato, contenidas en la cláusula 1 del PCAP.

El contrato tiene por objeto, según la cláusula 1.1. del PCAP, el seguimiento y gestión para garantizar una buena gobernanza de los Programas Operativos FSE y FEDER 2014-2020 de la Comunidad de Madrid, del Programa Operativo de Empleo Juvenil con respecto a su participación en el mismo, y de los Programas FSE+ y FEDER 2021-

2027 de la Comunidad de Madrid, con el contenido y alcance que se determina en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

De acuerdo con la cláusula 1.7 del PCAP, el contrato contiene un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales, de conformidad con el artículo 76.2 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/17), y atendiendo a la naturaleza del contrato, obligándose los licitadores a presentar el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los siguientes medios personales:

“- Una persona Coordinadora de los proyectos: Con titulación universitaria superior.

Con experiencia mínima de 5 años (60 meses) en trabajos de coordinación relacionadas con planificación, programación, gestión y seguimiento de Fondos Europeos, FSE y/o FEDER. Velará por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Pliego y actuará como persona de contacto con la Dirección de los Proyectos de la Subdirección General de Fondos Europeos, de la Dirección General de Presupuestos, para la resolución de las incidencias que se vayan produciendo.

- Cuatro personas de nivel técnico, que se ocuparán de efectuar los trabajos e informes descritos en el Pliego. Este personal técnico será titulado medio. Con experiencia mínima de 3 años (36 meses), a nivel técnico, en trabajos de planificación, programación, gestión y seguimiento de Fondos Europeos FSE y/o FEDER.

El adjudicatario deberá acreditar que todo el personal adscrito al contrato cuenta con la titulación exigida, según sus características, mediante la presentación de los respectivos títulos, acreditándose su experiencia mediante la presentación del currículum de cada uno de ellos, en los que se detallen los trabajos de planificación, programación, gestión, seguimiento y evaluación de Fondos Europeos (FSE y/o FEDER) desarrollados, junto con un certificado de las empresas responsables de estos trabajos”.

El PPT, por su parte, en el número 6 dispone, en relación con el equipo de trabajo a adscribir por la empresa adjudicataria:

“Los trabajos de coordinación que desempeñe el personal adscrito a los mismos se realizarán en las dependencias de la empresa adjudicataria, si bien las reuniones que estime realizar la Dirección de los Proyectos se celebrarán, principalmente, en la sede de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional.

El trabajo de las personas de nivel técnico adscritas a la ejecución del contrato se realizará parcialmente en las dependencias de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, integrada en la Dirección General de Presupuestos, como mínimo en horario de 9:00 a 14:30 horas, efectuándose el resto de los trabajos, hasta completar la totalidad de su jornada laboral establecida por las empresas adjudicatarias, en las dependencias de éstas. (...)

El personal adscrito a la ejecución del contrato no podrá ser cambiado sin el consentimiento de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, integrada en la Dirección General de Presupuestos.

En caso de que fuera necesario sustituir a cualquiera de las personas adscritas, la persona sustituta deberá tener el mismo perfil profesional que la persona sustituida.

La empresa adjudicataria estará obligada a sustituir cualquiera de las personas adscritas al trabajo, cuando la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional considere que no desempeña su cometido de forma satisfactoria”.

Como criterios objetivos de adjudicación del contrato (cláusula 1.9), además de la oferta económica, el contrato asignaba mayor puntuación (hasta un máximo de 30 puntos) en el caso de aumento del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato respecto del exigido en los pliegos y, así mismo, en caso de mejora de la experiencia y/o capacitación profesional de los integrantes del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato respecto de la exigida en los pliegos (con un máximo de 21 puntos). La oferta formulada debe acompañarse, de acuerdo con la cláusula 1.10, con una “*declaración responsable del representante legal de la empresa según el modelo del Anexo X de este pliego, en la que se especifiquen los compromisos ofertados respecto a los criterios cualitativos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (criterios 9.2.1 y 9.2.2)*”.

El plazo de ejecución, previsto en la cláusula 1.18, es de 24 meses, iniciándose al día siguiente al de la formalización del contrato.

La cláusula 1.19 del PCAP exige entre las condiciones especiales de ejecución, que “*al menos el 50% de los técnicos adscritos han de tener un contrato de duración indefinida con la empresa, a fin de garantizar la estabilidad de los equipos de trabajo. El cumplimiento de esta condición se acreditará mediante la aportación de los correspondientes contratos de trabajo*”.

En el apartado de las penalidades, cláusula 1.21, el PCAP prevé:

“- Por incumplimiento de la adscripción de medios humanos establecida como concreción de las condiciones de solvencia: 0,05% del precio del contrato por cada miembro del equipo que haya dejado de adscribirse y por cada semana completa que haya transcurrido sin que se haya efectuado la adscripción, todo ello con el límite del 10% del precio del contrato.

- Por incumplimiento del equipo de trabajo ofertado por el adjudicatario: 0,05% de la anualidad del contrato por cada miembro del equipo que haya dejado de adscribirse y por cada semana completa que haya transcurrido sin que se haya efectuado la adscripción, todo ello con el límite del 10% del precio del contrato.

- Por incumplimiento de la mejora de la experiencia ofertada por el adjudicatario: 0,05% del precio del contrato por cada miembro del equipo que haya dejado de adscribirse con la experiencia ofertada y por cada semana completa que haya transcurrido sin que se haya efectuado la adscripción, todo ello con el límite del 10% del precio del contrato.

- Por incumplimiento de los plazos parciales establecidos en el contrato conforme al art. 192 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

EL PCAP no contempla la posibilidad de modificación del contrato (cláusula 1.22).

La cláusula 1.24 regula el régimen de pago, que contempla tres pagos parciales, correspondientes a tres periodos, el primero desde el inicio del contrato hasta el 31 de octubre de 2023, que representaría un 17% del total del trabajo, equivalente a cuatro meses; un segundo

desde el 1 de noviembre de 2023 hasta el 31 de octubre de 2024, lo que representa un 50% del total del contrato de trabajo, equivalente a 12 meses de la contratación y, finalmente, un tercer pago, desde el 1 de noviembre de 2024 y hasta la fecha de finalización del contrato, prevista en el PCAP para el 30 de junio de 2025, lo que representaría un 33% del total del contrato, equivalente a ocho meses de la contratación.

2.- Reunida la mesa de contratación el día 22 de febrero de 2023 de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda para la valoración de las ofertadas admitidas conforme a los criterios de adjudicación establecidos en la cláusula 1.9, la empresa AUREN CONSULTORES SP, S.L.P. obtuvo la máxima puntuación, 100 puntos, al ser la mejor valorada tanto en la oferta económica (49 puntos) como en los criterios técnicos de aumento de equipo de trabajo (30 puntos) y mejora equipo de trabajo (21 puntos).

En su oferta, identificaba un coordinador, los cuatro técnicos exigidos en la cláusula 1, apartado 7.

Como mejoras, la empresa señaló en su oferta las siguientes:

Las cuatro personas de nivel técnico estaban ya contratadas, con carácter indefinido, por la empresa contratista, en el grupo de cotización de la Seguridad Social de nivel 1; las cuatro acreditaban tener una certificación oficial de nivel de inglés equivalente como mínimo a “*Upper Intermediate-B2*”.

Se adscribía un técnico adicional, a jornada completa del 100%, y con las mismas características que las señaladas en el Pliego, esto es, con una experiencia mínima, a nivel técnico, de 36 meses en trabajos de planificación, programación, gestión y seguimiento de Fondos Europeos FSE y/o FEDER.

De conformidad con lo previsto en los artículos 140 y 150.2 de la LCSP/17, se requirió a la citada empresa la presentación de la documentación señalada en los citados artículos.

Presentada la documentación requerida el día 9 de marzo de 2023, el día 24 de marzo de 2023 se requirió a la empresa propuesta como adjudicataria del contrato para que, en un plazo de subsanación de tres días naturales, presentara los contratos de trabajo o documentación equivalente acreditativa de la efectiva disposición del personal técnico adscrito a la ejecución del contrato y de su contratación como “titulado superior” Grupo profesional A, así como la disposición de un Plan de Igualdad de la empresa, al no constar registrado este en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad.

Recibida la notificación del anterior requerimiento el día 28 de marzo de 2023, el día 31 de marzo de 2023 se presenta la documentación solicitada consistente en los contratos de trabajo del equipo propuesto por la empresa.

Por Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de fecha 3 de mayo de 2023, se adjudicó a AUREN CONSULTORES SP S.L.P. el contrato de servicios mencionado anteriormente de acuerdo con la propuesta de la Mesa de Contratación, por un importe de 340.010 euros (IVA incluido), y con un plazo de ejecución de 24 meses desde la firma del contrato.

3.- La formalización del contrato tuvo lugar el día 15 de junio de 2023

4.- Con fecha 16 de junio de 2023 la Unidad Promotora del Contrato citó el 19 de junio de 2023 al equipo de trabajo propuesto en la oferta, en la sede de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, para el comienzo de los trabajos contratados.

En esa fecha, no se personó el equipo que la empresa contratista se había comprometido a adscribir a la ejecución del contrato y las personas que en representación de la empresa se personaron, alegaron que dicho personal no se podía incorporar por estar ya adscritos a otros trabajos en la empresa.

En dicha reunión se les insta a que, al menos, es preciso que un técnico, con las mismas características que los ofertados, se incorpore de inmediato, comprometiéndose a ello para el jueves 22 de junio, y el resto del equipo, como fecha límite el lunes 3 de julio.

El día 3 de julio de 2023, el director general de Presupuestos requirió a la empresa contratista para que el equipo técnico y el coordinador ofertados, que habían sido objeto de evaluación por la mesa de contratación de la consejería, se presentaran en las dependencias de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional el día 10 de julio de 2023.

5.- Con fecha de 6 de julio se recibe documentación y escrito de la empresa contratista en la que solicita el cambio del personal del equipo propuesto inicialmente, justificándolo en el tiempo transcurrido entre la fecha de presentación de la oferta (febrero de 2023) y la *“fecha de recepción del contrato definitivo (el 07 de junio de 2023)”*, aportando en sustitución del inicial propuesto y aprobado por la Administración, una nueva coordinadora, cuatro técnicos, así como un técnico adicional.

El día 10 de julio de 2023 se personan en la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional uno de los socios (coordinador del equipo inicialmente ofertado), la directora de Fondos Europeos y la gerente Sector Público de la empresa contratista. Les acompañaban el nuevo equipo propuesto (cuya solicitud de

sustitución, junto con la documentación justificativa, se había presentado el día 6 de julio). Según resulta del acta levantada ese día:

«En el momento de la reunión, no aportan los contratos formalizados con las personas del equipo, sólo aportan un certificado de la responsable de Recursos Humanos de Auren Consultores SP, S.L.P, señalando que se les contratará con carácter indefinido, en el grupo de cotización 1, a partir del 10 de julio (en el certificado se recoge los datos de los 4 técnicos principales, más el técnico adicional). Sin embargo, mediante correo electrónico remitido por la empresa Auren y recibido a las 10h del día 10 de julio, se envían los justificantes del alta en Seguridad Social, con contrato indefinido y grupo de cotización 1, de los cuatro técnicos principales. A las 10h30, remiten el alta en Seguridad Social del técnico adicional aportado. A esa misma hora, remiten también por correo los contratos con la empresa de todos los técnicos indicados. De la persona que ahora señalan como "coordinadora" no era necesario, por constar ya entre la documentación inicial aportada.

Por parte de los responsables de la Subdirección General de Fondos Europeos, se les indica que todo ello será puesto en conocimiento de la Mesa de Contratación, para su valoración y toma de decisiones correspondiente, ya que la empresa Auren Consultores SP, S.L.P resultó adjudicataria en base a la acreditación, con un equipo de personal concreto y definido, del cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos».

Tras el análisis de la documentación aportada, la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, de la Dirección General de Presupuestos, con fecha 14 de julio de 2023 elabora un informe de valoración, y el día 18 de julio el director general de Presupuestos efectúa requerimiento (recibido por la contratista al día

siguiente) en el que se le comunica que solo se consideran aptos a dos miembros del equipo propuesto como sustituto del inicialmente previsto, la coordinadora y una de los técnicos, y requiere a la empresa contratista para que, con fecha límite de 21 de julio de 2023, incorpore el equipo requerido en los Pliegos, conforme a los perfiles señalados, advirtiéndosele de la imposición de penalidades que corresponden conforme a lo previsto en el PCAP.

En dicho requerimiento, a la vista de la aprobación por la Administración de la coordinadora y una de los técnicos, se cita a estas personas para su reunión telemática, a través de la plataforma TEAMS, y se advierte que *“con respecto al resto del equipo que queda pendiente de incorporarse, el mismo no podrá hacerlo en tanto y cuanto no se cuente con el consentimiento expreso de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, tal y como se recoge en el en el punto 6 del PPT, en función todo ello de la documentación que en su caso aporte la empresa y sea valorada y evaluada por dicha Subdirección General”*.

La empresa contratista alega que el informe que acompañaba a este requerimiento de 18 de julio de 2023, carecía de firma y motivación, lo que suponía *“la imposibilidad de tener por válidamente rechazados los sustitutos propuestos”*, la imposibilidad de cumplimiento del nuevo requerimiento y la improcedencia de la penalidad pretendida.

Con fecha 21 de julio de 2023, solamente se incorporan dos personas, la coordinadora y una de los técnicos, para el comienzo de los trabajos objeto del contrato. Según afirma la empresa contratista, *“el resto de los medios personales identificados en la solicitud de sustitución de 6 de julio y en el escrito de alegaciones de 20 de julio, ambos de 2023, se encontraban operativos para trabajar en el contrato controvertido de forma remota y por esa razón no fueron aceptados”*.

6.- Con fecha 28 de julio de 2023, se elabora informe de respuesta a las alegaciones de la empresa contratista y propuesta de imposición de penalidades por la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional de la Dirección General de Presupuestos, al no adscribir a la ejecución del contrato al equipo de trabajo completo, con el perfil profesional exigido que motivó la adjudicación del contrato. La Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional sólo puede admitir la sustitución de únicamente dos personas de las inicialmente previstas al no acreditarse, por el resto de las personas sustitutas propuestas, el mismo perfil profesional que el del resto del personal inicialmente propuesto.

Conforme al apartado 21 de la cláusula 1 del PCAP se proponen las penalidades previstas: *“por incumplimiento de la adscripción de medios humanos establecida como concreción de las condiciones de solvencia: 0,05% del precio del contrato (precio base, sin IVA), por los tres miembros del equipo que ha dejado de adscribirse y por cada semana completa desde el inicio del contrato que haya transcurrido sin que se haya efectuado la adscripción de estos tres técnicos, lo que supone 421,5€ por semana.*

Por incumplimiento del equipo ofertado por el adjudicatario (técnico adicional): 0,05% del precio del contrato (precio base, sin IVA) por cada semana completa desde el inicio del contrato que haya transcurrido sin que se haya efectuado la adscripción del personal técnico adicional, lo que supone 140,5€ por semana”.

En cumplimiento de lo que establece el art.82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con fecha 28 de julio de 2023, se notificó a la empresa y se concedió trámite de audiencia a la empresa contratista para que, en el plazo de 10 días hábiles, en el procedimiento de imposición de penalidades, pudiera examinar el

expediente y formular en su caso las observaciones que estimara pertinentes.

Con fecha 18 de agosto de 2023 la empresa contratista presenta escrito de alegaciones en el que dice:

“Puesto que 4 personas del conjunto del personal presentado no reúnen las características que permitan acreditar que poseen el mismo perfil profesional que las inicialmente propuestas, se está realizando una selección exhaustiva para sustituir a los perfiles que no se han validado por parte de la Dirección General. A tener en cuenta, que siendo el mes de agosto está resultando complicado dicha selección, pero se está llevando a cabo el proceso de forma ininterrumpida.

Una vez los perfiles sean seleccionados se adscribirán al servicio a medida que se reciba el consentimiento por parte de la Dirección General de Presupuestos, a través de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional”.

7.- Con fecha 14 de septiembre de 2023, la empresa contratista aporta la documentación sobre una segunda persona de nivel técnico, solicitando formalmente que la misma sea valorada para su consideración y posible incorporación al equipo solicitado. A la vista de la documentación aportada de esta segunda persona, la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, en función de lo establecido en el punto 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato, emite su consentimiento para la sustitución de uno de los técnicos inicialmente ofertados y evaluados por la Administración.

Este consentimiento estaba condicionado a la aportación por parte de la empresa del contrato formalizado con esta persona, con

carácter indefinido y grupo de cotización en la Seguridad Social. Dicho contrato debería de estar formalizado y aportado a la Subdirección General en el plazo de veinte días naturales siguientes a la comunicación a la empresa contratista de dicho consentimiento, siendo el día 11 de octubre la fecha límite para ello. Sin embargo, la empresa contratista comunicó el 11 de octubre que a fecha 28 de septiembre de 2023, la persona seleccionada había presentado carta de renuncia por asuntos familiares y personales, impidiendo su participación en el equipo.

Con posterioridad a dicha fecha, la empresa contratista no ha comunicado la posibilidad de incorporar el resto del personal exigido.

8.- Por Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de 16 de octubre de 2023, se acuerda la imposición de penalidades derivadas del incumplimiento del compromiso de adscripción de los medios personales a la ejecución del contrato de servicios. En dicha orden se establecen las siguientes penalidades:

“- Por incumplimiento de la adscripción de medios humanos establecida como concreción de las condiciones de solvencia: 0,05% del precio del contrato (precio base, sin IVA), por lo tres miembros del equipo que han dejado de adscribirse y por cada semana completa desde el inicio del contrato que haya transcurrido sin que se hay efectuado la adscripción de estos tres técnicos, lo que supone 421,5€ por semana, hasta la adscripción de los mismos.

- Por incumplimiento del equipo ofertado por el adjudicatario (técnico adicional): 0,05% del precio del contrato (precio base, sin IVA), por cada semana completa desde el inicio del contrato que haya transcurrido sin que se hay efectuado la adscripción del personal técnico adicional, lo que supone 140,5€ por semana, hasta la adscripción del mismo.

El abono de las penalidades será efectivo mediante la deducción en las cantidades que, en concepto de pago, deba abonarse al contratista”.

9.- Para proceder al primer pago de los previstos en los Pliegos, se solicitó inicialmente a la empresa la aportación del “Informe sobre la actividad desarrollada” desde el inicio de la prestación del servicio (previsto para el 16 de junio, pero el cual no se efectuó hasta el 21 de julio), hasta el 31 de octubre de 2023, junto con la factura correspondiente con la aplicación de las penalidades previstas.

Con fecha 20 de noviembre de 2023, la empresa remite la factura 34FVN23000001, por importe de 45.428,32€ (IVA incluido).

El día 29 de noviembre siguiente, la empresa contratista aporta el “*Informe de Seguimiento cuatrimestral de los trabajos realizados*”, conforme a lo exigido en el apartado 4 del PPT, que comprende la actividad desarrollada por la empresa desde la firma del contrato hasta el 31 de octubre de 2023.

En dicho informe queda constancia y la propia empresa contratista lo reconoce, de que la actividad desarrollada corresponde únicamente a la que ha podido efectuar una persona técnica, en lugar de las 5 propuestas, por lo que sólo se ha cubierto una quinta parte de las tareas previstas a efectuar. Esto supone que, la única persona que ha desarrollado actividad, la ha efectuado para dar apoyo a los trabajos previstos para FEDER 2021/2027, pero, sin embargo, no se ha podido efectuar ningún apoyo al resto de las tareas previstas correspondientes a FEDER 2014/2020, FSE 2014/2020 y FSE+ 2021/2027, ni apoyo a tareas horizontales para ambos Fondos FSE y FEDER, por no haber aportado la empresa ninguna persona más al equipo requerido.

Por ello, con fecha 18 de diciembre se procedió a la devolución de la factura 34FVN23000001, adjuntando para ello escrito de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional en el que se detallan los motivos de la devolución, así como los cálculos efectuados para adecuar el importe de la nueva factura a presentar (1.231,56€, IVA incluido). Para el cálculo del importe final de la factura a abonar, se han tenido en cuenta tanto los trabajos efectivamente desarrollados por el coordinador y una técnica (y los que se han dejado de efectuar) como la aplicación de las penalidades previstas en el artículo 194.2 de la ley de Contratos del sector Público y en la Orden de imposición de penalidades de 16 de octubre.

10.- El día 4 de enero de 2024, la empresa contratista presenta escrito de alegaciones en el que solicita le sea abonada la factura por importe de 45.428,32€ (IVA incluido) y comunica no estar de acuerdo con la devolución de la factura, al considerar que no procede la reducción del importe a pagar del precio devengado por la imposibilidad de poner a disposición de la administración de todos los miembros del equipo y además reducir, por esta misma razón, por la imposición de la penalidad por incumplimiento, que ya ha sido descontado de la factura emitida.

Con fecha 16 de enero, la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional remite escrito en respuesta a las alegaciones de la empresa contratista, junto con un certificado de conformidad parcial, firmado por el Director General de Presupuestos, por los trabajos que efectivamente han sido desarrollados, en el que se recoge el importe que representan los trabajos realizados, al que habrá que aplicar las penalidades que recoge la orden de imposición de penalidades (las cuales ascienden, hasta la semana del 31 de octubre, a 11.420€). En el mismo escrito se reitera el requerimiento de aportación de una nueva factura subsanada, ajustada al importe de 1.231,56€ (IVA incluido), cantidad que corresponde al pago de los

trabajos efectuados y a la aplicación de las penalidades correspondientes.

11.- Con fecha 14 de febrero de 2024, la empresa contratista presenta escrito en el que alega que cuando presentó su oferta tenía en plantilla las personas necesarias para la adscripción de medios personales a la ejecución del contrato pero que, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la presentación de la oferta hasta la adjudicación del contrato, la empresa se vio en la necesidad de adscribir el personal inicialmente propuesto a otros proyectos, lo que se puso en conocimiento de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional en la primera reunión para la que se les citó, el 19 de junio de 2023, describiendo a continuación pormenorizadamente los procesos infructuosos de selección de personal realizados por el departamento de Recursos Humanos y por Auren Personas hasta la fecha y las dificultades surgidas para la contratación de los perfiles profesionales: la acreditación de la experiencia y la modalidad de trabajo presencial exigida en los pliegos.

Como consecuencia de ello solicita, con carácter principal, la modificación del contrato, al amparo de lo dispuesto en el artículo 205 de la LCSP/17 y, subsidiariamente, la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, al amparo de lo dispuesto en el apartado g) del artículo 211.1 de la LCSP/17 y *“con carácter más subsidiario, la resolución del contrato por incumplimiento no culpable”* de esa empresa.

12.- El día 19 de marzo de 2024, el director general de Presupuestos emite informe en el que propone el inicio de un expediente de resolución del contrato, al quedar acreditado el incumplimiento de las condiciones de adjudicación del contrato:

“Al no adscribir tres personas de nivel técnico titulados medios, con experiencia mínima de 3 años (36 meses) en trabajos de planificación, programación, gestión y seguimiento de Fondos Europeos FSE y/o FEDER. Este personal técnico, con dedicación del 100% de su jornada.

- Al no adscribir, al equipo de trabajo en la ejecución del contrato, tal como se indica en el apartado 9.2.1 del PCAP, de un técnico adicional con las mismas características que las indicadas en el Pliego.

- Al haber superado ya el 5% del precio del contrato el importe de las penalidades impuestas por demora en la adscripción de los medios humanos establecido en las condiciones de solvencia del apartado 7 de la cláusula 1 y apartado 9.2.1 del PCAP”.

TERCERO.- Mediante Orden de 3 de abril de 2024 de la consejera de Economía, Hacienda y Empleo, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del citado contrato, adjudicado a la empresa contratista, al no aportar el personal adecuado para el cumplimiento de las condiciones establecidas en la cláusula 1 apartado 7 y apartado 9.2.1 del PCAP, y quedar acreditado el incumplimiento de las condiciones de adjudicación del contrato.

“Estos incumplimientos reiterados en el tiempo desde el inicio de la ejecución del contrato conllevan el incumplimiento de las prestaciones objeto del mismo establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

La propuesta de resolución se fundamenta en los artículos 192.2 y 211.1.f) de la LCSP/17.

Notificado el trámite de audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista, con fecha 18 de abril de 2024 presenta escrito de

alegaciones la empresa contratista en el que se opone a la resolución del contrato al considerar que la orden de inicio del expediente para la resolución del contrato es nula al no resolver lo solicitado en el escrito presentado por la empresa de fecha 14 de febrero de 2024 en el que se solicitaba, en primer lugar, la modificación del contrato controvertido; con carácter subsidiario; resolver el contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y, con carácter más subsidiario, resolver el contrato controvertido por incumplimiento no culpable de la empresa contratista. Considera que, en caso de que se considerara correctamente iniciado el expediente de resolución del contrato, debe resolverse por *“incumplimiento no culpable de mi representada”*.

El día 24 de abril de 2024 emite informe el subdirector general de Fondos Europeos y Política Regional en el que reitera los argumentos para proceder a la resolución del contrato contenidos en la propuesta de resolución de 20 de marzo de 2024.

Elaborada propuesta de resolución, se sometió a informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo. El día 16 de mayo de 2024 el Servicio Jurídico en la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo emite informe favorable a la resolución del contrato, con fundamento en el incumplimiento de la obligación principal del contrato, derivada, a su vez, de la no adscripción de los medios personales comprometidos.

Remitido el procedimiento de resolución del contrato a la Intervención General de la Comunidad de Madrid, el día 10 de junio de 2024, el interventor delegado jefe, formula observaciones y solicita la incorporación al procedimiento de varios documentos.

Con fecha 12 de junio de 2024, la jefa de División de Contratación de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo,

remite nuevamente el expediente a la Intervención General de la Comunidad de Madrid, una vez subsanados los defectos o trámites observados por el interventor delegado jefe en su informe.

Con fecha 17 de junio de 2024, el interventor general de la Comunidad de Madrid emite informe favorable a la propuesta de resolución del contrato.

Figura en el expediente una propuesta de resolución que se ha remitido, junto con toda la documentación relativa al contrato, a esta Comisión Jurídica Asesora para la emisión del dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

El contratista ha formulado su oposición de forma expresa y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la LCSP/17.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó mediante Orden del consejero de Economía, Hacienda y Empleo, de 3 de mayo de 2023, por lo que resulta de aplicación la LCSP/17 tanto en el aspecto sustantivo como en el procedimental.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, -RGLCAP-, referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”* en lo que no se oponga a la ley.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El órgano de contratación es el órgano competente para aprobar la resolución propuesta, a tenor de lo previsto en el artículo 212 de la LCSP/17. En este caso, el órgano de contratación es la consejera de Economía, Hacienda y Empleo, según el artículo 41.i) de la Ley

1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, y el Decreto Decreto 230/2023, de 6 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, en relación con el Decreto Decreto 38/2023, de 23 de junio, de la presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las consejerías de la Comunidad de Madrid y el Decreto 76/2023, de 5 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica básica de las consejerías de la Comunidad de Madrid.

El artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 112.2 de la LCSP/17 refiere 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 que el artículo 109 del RGLCAP, exige también la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

En el presente caso, consta que se ha conferido el trámite de audiencia a la empresa contratista, así como a la entidad avalista.

En el escrito presentado el día 18 de abril de 2024 por la empresa contratista, esta ha manifestado su oposición a la causa de resolución invocada por la Administración para resolver el contrato, al considerar, en primer lugar, que el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato es nulo, por no haber dado respuesta a la solicitud formulada por la empresa, el día 14 de febrero de 2024, de modificación del contrato o, en su caso, de resolución por las causas invocadas por la empresa y considera que, en cualquier

caso, no procedería la resolución del contrato por causa imputable a la empresa contratista.

La alegación relativa a la nulidad del procedimiento de resolución del contrato incoado por la falta de resolución de la solicitud formulada el día 14 de febrero de 2024 debe rechazarse. No puede sostenerse que la falta de resolución de dicha solicitud le causa indefensión en el procedimiento incoado, como alega la entidad contratista, porque se trata de procedimientos autónomos, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2024 (recurso de casación 4289/2021) al declarar que *“el procedimiento de resolución de un contrato público es un procedimiento autónomo, como lo demuestra el hecho de que vigente un contrato la resolución del mismo por cualquiera de las causas legalmente previstas, la Administración contratante ha de dictar una resolución de incoación del procedimiento de resolución de oficio a instancia del contratante, procedimiento que ha de seguir su tramitación y que finaliza con una resolución que deberá dictarse dentro del plazo de caducidad que corresponda”*.

En el presente caso, al tratarse de una solicitud de modificación del contrato o, en su caso, de resolución del mismo por causa no imputable al contratista, la Administración tiene obligación de resolver de forma expresa pero, en ningún caso la falta de resolución en plazo genera indefensión ni impide la incoación de otro procedimiento de resolución por otra causa, en cuanto que siempre puede interponer recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud, de conformidad con la disposición final cuarta de la LCSP/17, *“en todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas*

administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”.

Continuando con el análisis del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1.h) de la Ley 3/1999, de 30 marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 191.2 de la LCSP/17, y los artículos 8.a).2 y 14 del Decreto 45/1997 de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, son necesarios el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid y la fiscalización de la Intervención.

Tras la incorporación de los anteriores informes se ha dado dictado propuesta de resolución.

Se observa que, después del trámite de audiencia, ha emitido informe el subdirector general de Fondos Europeos y Política Regional, unidad promotora del procedimiento de resolución del contrato.

Al respecto, cabe recordar que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el dictamen 367/24, de 20 de junio; 294/19, de 11 de julio; dictamen 155/18, de 5 de abril y el dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros muchos) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión y lo

procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la LPAC, que solo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que formaran parte del procedimiento, en cuanto estos informes y dictámenes, en principio, se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos, cuestiones o valoraciones nuevas. Así, y en relación con el propio informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, señalábamos en el Dictamen 451/21, de 21 de septiembre, que *“...ya que el informe jurídico está previsto como trámite preceptivo específico en el procedimiento de responsabilidad contractual, resulta procedente su incorporación al procedimiento después de haber cumplimentado el trámite de audiencia, sin que esa circunstancia pueda considerarse que cause indefensión a la mercantil reclamante”*.

En el presente caso, el informe de la Subdirección General de Fondos Europeos y Policía Regional, de 24 de abril de 2024, más breve que el que dio inicio al procedimiento, reitera los argumentos formulados en dicho informe, sin que pueda apreciarse que su incorporación al procedimiento genere indefensión.

En relación con el plazo para resolver, el artículo 212.8 de la LCSP/17 establece un plazo máximo para resolver de ocho meses si bien este precepto fue declarado inconstitucional por la STC 68/2021,

de 18 de marzo. Por ello esta Comisión consideró, entre otros, en los dictámenes 576/21, de 10 de noviembre, 587/21 y 602/21 de 16 de noviembre, 609/21, de 23 de noviembre, 626/21, de 30 de noviembre y 651/21, de 21 de diciembre, modificando su criterio inicial recogido en el Dictamen 362/21, de 20 de julio, tras un detenido análisis de la cuestión, especialmente compleja, que resultaba de aplicación el plazo general de tres meses del artículo 21.1 de la LPAC, toda vez que la Comunidad de Madrid no había hecho uso de sus competencias en la materia estableciendo un plazo específico para los procedimientos de resolución contractual tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas madrileñas.

Tras la entrada en vigor de la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, resulta de aplicación el plazo máximo de ocho meses, pues el artículo 31 modifica la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, que fija para los expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos un plazo máximo de ocho meses.

En el presente caso, iniciado el procedimiento de resolución del contrato el día 3 de abril de 2024 y suspendido el plazo de tramitación del procedimiento el día 26 de junio siguiente, por la solicitud de dictamen a este órgano consultivo, de conformidad con el artículo 22.1.d) de la LPAC, no ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses de tramitación, por lo que el procedimiento no ha caducado.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, procede analizar si concurre, o no, causa de resolución del contrato.

Como es sabido y así hemos señalado, entre otros, en nuestro Dictamen 153/18, de 27 de marzo, la resolución es una de las

prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello, la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad a la que debería acudir tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (Rec. 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (Rec. 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)].

Por su parte, las sentencias de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016) y 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerdan la doctrina fijada en la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia,

tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho, en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

En el presente caso, como resulta de los antecedentes, la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo invoca, como causa de resolución, la prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP/17, que contempla: *“f) el incumplimiento de la obligación principal del contrato”*; por el incumplimiento de adscripción de medios personales, al quedar acreditado el incumplimiento de las condiciones de adjudicación del contrato:

“Al no adscribir tres personas de nivel técnico titulados medios, con experiencia mínima de 3 años (36 meses) en trabajos de planificación, programación, gestión y seguimiento de Fondos Europeos FSE y/o FEDER. Este personal técnico, con dedicación del 100% de su jornada.

- Al no adscribir, al equipo de trabajo en la ejecución del contrato, tal como se indica en el apartado 9.2.1 del PCAP, de un técnico adicional con las mismas características que las indicadas en el Pliego.

- Al haber superado ya el 5% del precio del contrato el importe de las penalidades impuestas por demora en la adscripción de los

medios humanos establecido en las condiciones de solvencia del apartado 7 de la cláusula 1 y apartado 9.2.1 del PCAP”.

La primera cuestión que se plantea, alegada por la empresa contratista en el trámite de audiencia, es la posibilidad de que la Administración proceda a la incoación de un procedimiento de resolución del contrato, una vez que haya optado por la imposición de penalidades y estas no hayan superado el 10% del precio del contrato. La empresa contratista considera que la Administración, al haber optado por la vía de la imposición de penalidades, no puede optar, después, por el procedimiento de resolución del contrato.

Figura en el expediente y así se ha relacionado en los antecedentes de hecho que, por Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, de 16 de octubre de 2023, previa la tramitación del oportuno procedimiento, se acordó por el órgano de contratación la imposición de penalidades a la empresa contratista:

“- Por incumplimiento de la adscripción de medios humanos establecida como concreción de las condiciones de solvencia: 0,05% del precio del contrato (precio base, sin IVA), por los tres miembros del equipo que ha dejado de adscribirse y por cada semana completa desde el inicio del contrato que haya transcurrido sin que se haya efectuado la adscripción de estos tres técnicos, lo que supone 421,5€ por semana, hasta la adscripción de los mismos.

- Por incumplimiento del equipo ofertado por el adjudicatario (técnico adicional): 0,05% del precio del contrato (precio base, sin IVA) por cada semana completa desde el inicio del contrato que haya transcurrido sin que se haya efectuado la adscripción del personal técnico adicional, lo que supone 140,5€ por semana, hasta la adscripción del mismo”.

De la citada resolución podría resultar, por tanto, que hasta que no se supere el 10% del precio del contrato, la Administración no podría iniciar la vía de la resolución del contrato.

Ahora bien, resulta también documentado en el expediente y queda patente en el escrito de la empresa contratista de fecha 14 de febrero de 2023 que la situación inicial y que dio lugar a la incoación del procedimiento de imposición de penalidades, ha continuado desde el mes de octubre de 2023 y hasta la fecha de la presentación del escrito de alegaciones, de manera que la falta de adscripción de los medios personales ofertados y comprometidos por la empresa inciden de forma directa en el cumplimiento del objeto contrato y sus plazos y que se ha producido un incumplimiento parcial.

En efecto, la persistencia en el cumplimiento defectuoso del contrato, tiene incidencia directa en la ejecución del mismo, en el cumplimiento de la obligación principal, de manera que, si para el cumplimiento del objeto del contrato en plazo era preciso el trabajo de las cinco personas de nivel técnico (4 técnicos solicitados en los Pliegos, más 1 técnico adicional a jornada completa propuesto por la empresa contratista) que deberían haber prestado servicio a la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, sólo consta una de ellas incorporada al equipo requerido, además de la figura del coordinador.

Si el objeto del contrato es la prestación por parte del adjudicatario de los servicios profesionales de colaboración con la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, para apoyar a la División de Proyectos del FSE y el Área del FEDER de dicha Subdirección General en la realización de las tareas de seguimiento y gestión, comprendiendo también las relacionadas con la información y comunicación, que les compete para la buena gobernanza de los Programas Operativos FSE y FEDER del periodo

2014-2020, incluido el Programa Operativo de Empleo Juvenil, así como de los Programas FSE+ y FEDER del periodo 2021-2027 que se enumeran en la cláusula 2 del PPT, resulta acreditado en el expediente que la única persona que ha desarrollado actividad, la ha efectuado para dar apoyo a los trabajos previstos para FEDER 2021/2027, pero sin embargo, no se ha podido efectuar ningún apoyo al resto de las tareas previstas correspondientes a FEDER 2014/2020, FSE 2014/2020 y FSE+ 2021/2027, ni apoyo a tareas horizontales para ambos Fondos FSE y FEDER, por no haber aportado la empresa ninguna persona más al equipo requerido. Por tanto, solo se ha cubierto una quinta parte de las tareas que tenían que efectuar.

La empresa contratista alega que, hasta que no se supere el importe de 28.100 euros de penalidades (10% del precio del contrato), la Administración no tiene facultad para resolver el contrato, cifra que, a la fecha de presentación del escrito de alegaciones, 18 de abril de 2024, todavía no se había alcanzado porque el importe total de estas se cifraba en 24.728 euros.

Alegación válida siempre que se pretendiera resolver el contrato por esta misma causa, pero que no resulta de aplicación si el contratista incurre en otra de las causas de resolución previstas en el artículo 211 de la LCSP/17, o en el artículo 192.2 de la LCSP/17, como sucede en el presente caso.

En efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 (recurso 2769/2015), la imposición de penalidades es utilizada en la contratación administrativa como medio coercitivo o de presión al contratista, que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de las obligaciones contractuales dentro del plazo prefijado.

En el presente caso, sin embargo, la imposición de las penalidades por la Orden de 16 de octubre de 2023 no solo fracasó con la finalidad perseguida, que la empresa contratista proporcionara el equipo completo de técnicos a que se había comprometido para el cumplimiento del contrato, sino que por escrito de 14 de febrero de 2024 reconoció la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato en la forma estipulada al reconocer *“la imposibilidad de seleccionar y contratar los medios personales requeridos en los pliegos”* y por eso solicitó la modificación del contrato o, en su caso, la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP/17, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o, subsidiariamente, *“la resolución del contrato controvertido por incumplimiento no culpable de mi representada al amparo de la letra f) del artículo 211.1 de la Ley de Contratos”*.

La propia empresa reconoce, por tanto, la imposibilidad de cumplir el contrato lo que conlleva, por tanto, el incumplimiento de la obligación principal del mismo. Desde ese momento, y aunque no se hubiera alcanzado el límite del 10% del precio del contrato, es posible iniciar un procedimiento de resolución del contrato por la causa invocada por la Administración, el incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Además, el artículo 192.2 de la LCSP/17, invocado también en el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato establece que, cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Como se ha indicado anteriormente, el objeto del contrato es la prestación por parte del adjudicatario de los servicios profesionales de colaboración con la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, para apoyar a la División de Proyectos del FSE y el Área del FEDER de dicha Subdirección General en una serie de tareas que le competen para la buena gobernanza de los Programas Operativos FSE y FEDER del periodo 2014-2020, así como de los Programas FSE+ y FEDER del periodo 2021-2027 y que se enumera en el PPT.

El desempeño de dichas tareas exige una cualificación profesional que se describe en los Pliegos, que incluye un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales, de conformidad con lo establecido en el artículo 76.2 de la LCSP/17 que establece:

“2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior”.

Consecuencia de este compromiso de adscripción de medios personales es que la propia mesa de contratación una vez formulada la propuesta de adjudicación requirió a la empresa, actual contratista, de conformidad con los artículos 140 y 150.2 de la LCSP/17, que presentó, el día 9 de marzo de 2023, el equipo de trabajo con los nombres sus miembros y el curriculum correspondiente, requiriéndoles el día 27 de marzo de 2023, que *«presentaran los contratos de trabajo o documentación equivalente acreditativa de la efectiva disposición del personal técnico adscrito a la ejecución del contrato y de su contratación como “titulado superior” Grupo profesional A»*.

Conviene recordar, a este respecto, que la cláusula 1.19 del PCAP exige que *“al menos el 50% de los técnicos adscritos han de tener un contrato de duración indefinida con la empresa, a fin de garantizar la estabilidad de los equipos de trabajo. El cumplimiento de esta condición se acreditará mediante la aportación de los correspondientes contratos de trabajo”*.

Resulta acreditado, por tanto, que la falta de adscripción de medios personales, ha determinado un incumplimiento parcial del contrato lo que determina, de conformidad con el artículo 192.2 de la LCSP/17, la posibilidad de optar por la resolución del contrato.

Alega la empresa contratista que los problemas presentados con el equipo de trabajo obedecen al *“tiempo transcurrido desde la presentación de la oferta en enero de 2023, hasta la adjudicación definitiva, el 3 de mayo de 2023, AUREN se vio en la necesidad de adscribir el personal inicialmente propuesto a otros proyectos, sin posibilidad de dedicar de manera presencial la totalidad de sus jornadas al contrato controvertido”* y que ha realizado una *“compleja e intensa búsqueda de profesionales que cumplieran escrupulosamente los requisitos establecidos en los pliegos que, sin embargo, no ha*

resultado fructuosa habida cuenta de la especialidad de los perfiles requeridos y el número de medios personales a adscribir”.

No resulta admisible dicha alegación. Como ha quedado expuesto, el equipo de trabajo propuesto por la empresa se concretó el día 9 de marzo de 2023, ratificándose en el nombramiento de los miembros de dicho equipo el día 31 de marzo de 2023, cuando la empresa presentó los contratos de trabajo de todos sus miembros, todos ellos contratados por tiempo indefinido y con una antigüedad en la empresa, el más moderno de todos, de 1 de septiembre de 2020.

Por otro lado, en relación con el retraso en la adjudicación del contrato, podía haber hecho uso del derecho a retirar su oferta, de acuerdo con el artículo 158.4 de la LCSP/17 y, en cualquier caso, al tiempo de la formalización del contrato haber comunicado este hecho y solicitado la sustitución de los miembros del equipo en la forma regulada en los Pliegos:

“El personal adscrito a la ejecución del contrato no podrá ser cambiado sin el consentimiento de la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, integrada en la Dirección General de Presupuestos.

En caso de que fuera necesario sustituir a cualquiera de las personas adscritas, la persona sustituta deberá tener el mismo perfil profesional que la persona sustituida”.

Además, llama la atención que se pretendiera la sustitución de todos y cada uno de los miembros del equipo y, comenzada la ejecución del contrato el día 16 de junio de 2023, no se formalizara esta solicitud de sustitución hasta el día 6 de julio siguiente.

En relación con la solicitud de modificación del contrato, de conformidad con el artículo 205 de la LCSP/17, resulta improcedente, pues esta no obedece a circunstancias sobrevenidas que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, pues los problemas surgidos en la resolución del contrato son consecuencia de la decisión de la empresa contratista de no adscribir el equipo de trabajo inicialmente ofertado al cumplimiento del contrato.

Por este mismo razonamiento, no resulta de aplicación la causa de resolución prevista en el artículo 111.1.g) de la LCSP/17. La imposibilidad de ejecución del contrato en los términos pactados es fruto de una decisión de la empresa en la organización de sus medios personales.

Finalmente, en cuanto a la resolución del contrato sin incumplimiento culpable, tampoco es posible. La empresa está obligada a cumplir el contrato con el equipo de trabajo ofertado. Si por una decisión empresarial decidió sustituir el equipo de trabajo y adscribir otros medios personales, algunos de los cuales han sido consentidos por la Subdirección General de Fondos Europeos y Política Regional, como prevén los Pliegos, y se encuentra con dificultades para sustituir a dicho equipo, ha de asumir los riesgos de la decisión empresarial adoptada.

Conviene recordar que para que procediera la resolución de mutuo acuerdo, es preciso que no existan otras causas de resolución imputables al contratista, como sucede en el presente caso.

Por otro lado, tampoco se observa la concurrencia de un incumplimiento de la Administración que justificara la moderación o incluso, exclusión de la culpabilidad del contratista, como pretende la empresa contratista en su escrito de alegaciones.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

A los efectos de la resolución, el artículo 213.5 de la LCSP/17, establece lo siguiente:

“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”.

Así pues, en este caso, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestro Dictamen 556/19, de 19 de diciembre o en el 74/20, de 27 de febrero, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora adopta el siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicios “Asistencia Técnica a la Dirección General de Presupuestos en la realización de las tareas de seguimiento y gestión de los programas operativos 2014/2020 del FSE y FEDER, y Programas 2021/2027 FSE+ Y FEDER, nº de expediente A/SER-041492/2022”, suscrito con AUREN CONSULTORES SP, S.L.P., con los efectos previstos en el cuerpo de este dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 26 de septiembre de 2024

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 564/24

Excma. Sra. Consejera de Economía, Hacienda y Empleo

C/ Ramírez de Prado, 5 Bis – 28045 Madrid