CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sra. Ares González, Consejera
Sr. Herrera Campo, Consejero y ponente

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 23 de noviembre de 2023, ha examinado *el expediente de resolución del contrato del servicio de asistencia técnica para los trabajos de puesta en marcha y ejecución del Proyecto "Red Oficinas Acelera PYME xxxx Rural",* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 442/2023

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El 10 de octubre de 2023 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución del contrato del servicio de asistencia técnica para los trabajos de puesta en marcha y ejecución del Proyecto "Red Oficinas Acelera PYME xxxx Rural (R-0AP-xRURAL)", suscrito por la Diputación Provincial de xxxx con la mercantil qqqq, S.L.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 19 de octubre de 2023, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 442/2023, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Herrera Campo.

Primero.- El 28 de febrero de 2023 la Diputación Provincial de xxxx y la mercantil qqqq, S.L., formalizaron el contrato para la ejecución del "servicio de asistencia técnica para los trabajos de puesta en marcha y ejecución del proyecto Red Oficinas Acelera PYME xxxx Rural", por un

importe de 211.749,61 euros, IVA incluido. La garantía definitiva fue constituida por el adjudicatario por importe total de 17.499,96 euros, mediante avales bancarios.

Segundo.- El 19 de junio de 2023 la responsable del contrato (jefa del Servicio de Promoción Económica de la Diputación) emite un informe en el que pone de manifiesto la gravedad de los incumplimientos del contratista y la defectuosa prestación del servicio que "hacen que se impida la eficacia del servicio prestado, existiendo un riesgo cierto de que no se pueda cumplir la finalidad del mismo, lo que puede redundar en perjuicio económico para esta Diputación, por no poder justificar la ayuda concedida de los fondos Next Generation para este proyecto, así como un perjuicio a los usuarios del servicio, las empresas palentinas a las cuales va dirigido el mismo".

Tercero.- Mediante Resolución de la Diputada de Hacienda y Administración General de la Diputación de xxxx de 24 de julio de 2023 se inicia el procedimiento de resolución del referido contrato por "notorio incumplimiento de las obligaciones contractuales del adjudicatario y de su oferta", y concurrencia de "las causas de resolución que se reseñan en el informe de la responsable del contrato" emitido el 19 de julio de 2023.

Como causas que motivan el inicio del procedimiento resolutorio, se señala, en primer lugar, "el incumplimiento por el adjudicatario de las disposiciones legales vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo, circunstancia que está recogida como causa de resolución del contrato en el apartado k) de la cláusula 4.4 del PCAP, en relación con la contemplada en su apartado l) y en el artículo 211.1.i) de la LCSP".

Y en segundo lugar, "el incumplimiento en materia de protección de datos, habiéndose establecido en el apartado J3 del Cuadro de Características Particulares del PCAP que será condición especial de ejecución la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, obligación que tendrá carácter esencial de conformidad con lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 LCSP y cuyo incumplimiento se contempla en la cláusula 4.4 letra b) del PCAP, como causa de resolución del contrato".

Además de ello, el inicio del expediente se justifica igualmente en reiterados "incumplimientos que denotan una prestación manifiestamente

defectuosa e irregular del servicio", sin cumplir las condiciones establecidas en el contrato, así como un "retraso sistemático del mismo", "una reiterada obstrucción de las facultades de dirección e inspección" del órgano de contratación, y finalmente la "desobediencia reiterada a las órdenes dadas por la responsable del contrato", todo contemplado como causa resolutoria en los apartados f), h) e i) de la cláusula 4.4 del PCAP

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia, el 1 de agosto de 2023 el contratista presenta alegaciones en las que se opone a la resolución del contrato, por no concurrir ninguna causa para ello, al considerar que:

"1) En relación con las cuestiones relativas al personal adscrito a la ejecución del contrato:

»- Ni existe incumplimiento por el adjudicatario de disposiciones legales vigentes en materia laboral o de seguridad social, y las cuestiones que se plantean son materias a resolver, en su caso, entre la empresa y los empleados y, en último término, por las autoridades laborales y judiciales competentes.

»- Ni existe el más mínimo elemento de juicio que lleve a pensar que se han impagado en algún caso salarios a los trabajadores, o que se han incumplido las condiciones establecidas en los Convenios colectivos que resultan de aplicación.

»2) En relación con la posible instalación de programas informáticos sin licencia, además del hecho de que no existe prueba alguna de ello, lo que elimina de raíz cualquier discusión al respecto, no concurre la causa de resolución de la cláusula 4.4.b) del PCAP, puesto que ni hubo cesión de datos por la Diputación de xxxx al contratista, ni se indica en qué aspecto la empresa contratista no se ha sometido a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.

»3) En relación con una supuesta prestación manifiestamente defectuosa o irregular del servicio, hay que señalar, en primer lugar, que ninguna de las cuestiones en las que se basa esta causa de resolución han sido calificadas en los pliegos como obligaciones esenciales, con lo que no se cumple la exigencia contemplada en el artículo 211.1.f) de la LCSP. Además, como se ha puesto de manifiesto en el escrito no se han producido ninguno de los incumplimientos contractuales a los que se refiere el informe de 13 de

julio de 2023 y, desde luego, no justificarían en ningún caso la resolución del contrato.

»4) En relación con la supuesta obstrucción y desobediencia, tal y como ha quedado acreditado en el presente escrito de alegaciones, los antecedentes que obran en el expediente, lo que ponen de manifiesto es que la empresa contratista ha dado cumplida respuesta a todos los requerimientos que se le han hecho, sin que por parte de la Administración se le hubiese pedido subsanación alguna de la documentación presentada, y sin que hubiese iniciado contra la misma ningún procedimiento sancionador o de imposición de penalidades".

Quinto.- El 27 de septiembre de 2023 la responsable del contrato emite informe en el que rebate las alegaciones del contratista, y concluye que procede resolver el contrato por causa imputable a éste.

Sexto.- El 28 de septiembre de 2023 el jefe de Contratación y Patrimonio emite informe, con el V.B. del Secretario General de Diputación, en el que se indica "Por tanto, el conjunto de infracciones del contrato aquí reseñadas y referidas en los informes obrantes en el expediente, así como la desatención a los requerimientos practicados, muestran un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación en términos que respondan a las necesidades a satisfacer, pues afectan a la prestación principal del contrato y se exteriorizan a través de una inobservancia esencial de dicha prestación, por lo que han de calificarse como incumplimientos graves y de naturaleza sustancial, no de simples irregularidades o cuestiones formales, como pretende hacer valer el contratista".

Séptimo.- El 5 de octubre de 2023 se formula propuesta de resolución del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 211.1, apartados i) y f) de la LCSP, y las cláusulas y apartados del PCAP que se citan, por "reiterados incumplimientos graves y de naturaleza sustancial que afectan a la prestación principal del contrato". Asimismo, propone la incautación de la garantía constituida.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen, según lo establecido en el apartado tercero 1.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014 del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable a este supuesto, tal y como se recoge en el contrato cuya resolución se pretende, viene determinada, fundamentalmente, además de por los pliegos de aquel, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El procedimiento de resolución contractual se regula en el artículo 191 de la LCSP, que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. A su vez, el artículo 109.1.b) del RGLCAP impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía.

En este caso, el procedimiento se ha iniciado de oficio, y la contratista manifiesta en sus alegaciones su oposición a la resolución del contrato y reprocha que no se haya dado traslado de cierta documentación. Al respecto, se ha de advertir que la Administración provincial no se pronuncia sobre este extremo en la propuesta de resolución. Sin embargo, y debido a que no se produce indefensión a la mercantil, al reproducir sustancialmente su contenido en los diversos requerimientos cursados al contratista, se entiende cumplimentado el trámite de audiencia.

Dado que en el acuerdo de inicio se propone la incautación de la garantía, se ha concedido trámite de audiencia al avalista.

Consta en el expediente el informe jurídico de 28 de septiembre de 2023 emitido con el V.B. del Secretario General de la Diputación, conforme establece la disposición adicional tercera de la LCSP. No obstante, advertir que debe incorporarse el informe de la intervención conforme al artículo 114. 3 del TRRL.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con los artículos 190 y 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

3ª.- El expediente sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato del servicio de asistencia técnica para los trabajos de puesta en marcha y ejecución del Proyecto "Red de Oficinas Acelera PYME xxxx Rural (R-0AP-xRURAL)", que persigue la digitalización de las empresas palentinas, en especial las del mundo rural.

Son varias las causas de resolución cuya aplicación se dilucida:

1) En primer lugar, la causa prevista en el artículo 211.1.i) de la LCSP, en relación con el cumplimiento o no de las obligaciones laborales, pues se señala que no se corresponde el nivel de titulación exigida para los técnicos adscritos al contrato con las cotizaciones sociales y los salarios percibidos.

Establece al respecto la propuesta de resolución: "El incumplimiento por el adjudicatario de las disposiciones legales vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo, circunstancia que está recogida como causa de resolución del contrato en el apartado k) de la cláusula 4.4 del PCAP, en relación con la contemplada en su apartado l) y en el artículo 211.1.i) que establecen como causa de resolución del contrato el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato, y con lo señalado en el apartado F8 del Cuadro de Características Particulares del contrato al que se remite la cláusula 2.3.3, que determina que el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato determinados medios personales tiene carácter de obligación esencial.

»Por cuanto, en los Pliegos que rigen el contrato se describen las características de titulación y las funciones de los técnicos adscritos a la ejecución del contrato pero el adjudicatario, a pesar de haber justificado en la documentación que presentó para la estimación de su oferta incursa en presunción de anormalidad que iba a contratar a dichos técnicos en las categorías profesionales que les correspondían por nivel de titulación según el Convenio colectivo aplicable, no lo ha respetado sino que, de la documentación que consta en el expediente, se acredita que el adjudicatario actuando en fraude de los requisitos exigidos en los pliegos y con una voluntad dolosa o culposa, ha efectuado la contratación del personal con la titulación requerida, pero asignándoles una categoría inferior a la que le corresponde. De esta forma el adjudicatario no está cumpliendo con la obligación de contratar al personal requerido en el contrato y está aplicando la legislación laboral y el Convenio colectivo de manera fraudulenta sin responder a sus obligaciones contractuales".

Frente a ello, el adjudicatario defiende que ni ha existido tal impago de retribuciones a los trabajadores, ni ha incumplido las condiciones labores previstas en el Convenio Colectivo, hecho que ha quedado acreditado con la documental aportada, consistente en las nóminas de los trabajadores y directivos que intervienen en el contrato, así como los justificantes de abono. Añade que los trabajadores adscritos cumplen el perfil exigido en el PPT, que únicamente requiere una formación específica y no una categoría profesional específica. Los trabajadores están incluidos en el grupo que les corresponde conforme a las funciones asignadas y a su experiencia, no a su nivel de titulación. Por tanto, concluye que cumple con las prescripciones del Pliego, y mantiene que "son materias a resolver, en su caso, entre la empresa y sus empleados y, en último término, por las autoridades laborales y judiciales competentes".

A lo expuesto hay que añadir que el 26 de mayo de 2023 un antiguo trabajador de la contratista presenta escrito, en el que manifiesta "en este proyecto se están cometiendo algunas irregularidades y, una de ellas, es la categoría profesional en la cual la empresa qqqq, s.l. nos ha dado de alta, esta es categoría 7, auxiliar administrativo (en ningún momento nos comentaron esto, pero sí nos exigían ser técnicos superiores en administración de sistemas informáticos en red); la cual dudo mucho que corresponda a las funciones, responsabilidad, y titulación para del puesto, sin hablar del salario que estamos cobrando (…)". En similares términos se

manifestó otro de los trabajadores, que el 30 de mayo de 2023 comunicó a la Administración: "Creo que hay un problema con el grupo de contratación realizado debido a que debería estar contratado como Técnico Informático (Grupo 2). Actualmente estoy contratado como Auxiliar Administrativo (Grupo 7) (…)".

Dicho lo que antecede, es indiscutible que el apartado F8 del Cuadro de características particulares del PCAP del Contrato ("*lex contractus*") exige trabajadores con una titulación especifica en función de las tareas descritas en los pliegos, habida cuenta de la complejidad técnica que requiere la ejecución de las prestaciones que integran el contrato. Y es un hecho no controvertido -admitido por el adjudicatario- que los trabajadores están contratados en una categoría profesional de inferior grupo a la que les es propia, lo que supone una vulneración de la normativa laboral, así como unas condiciones laborales y salariales inferiores a las previstas en el Convenio Colectivo para cada categoría. Este incumplimiento ha sido denunciado por alguno de los trabajadores, causando baja voluntaria cuatro técnicos, lo que afecta a la normal prestación del servicio, tal y como señala en su informe la responsable del contrato: "Ya se han dado de baja voluntaria cuatro técnicos, lo que hace que el proyecto ofrezca deficiencias en cuanto a trabajar con el mismo equipo de manera continuada y efectiva, por lo que ofrece una baja calidad en la prestación del servicio".

No obstante esta afirmación, se ha de tener en cuenta que la cláusula 3.4 del PCAP incluye, entre las obligaciones y responsabilidades del contratista, la de "Cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones salariales y de todo tipo fijadas en el Convenio Colectivo de aplicación, pudiendo la Administración imponer penalidades en cuantía que podrá alcanzar el 10 por 100 del presupuesto del contrato para el caso de incumplimientos o retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa".

Por tanto, acreditados estos incumplimientos en materia laboral, y una vez puesta de manifiesto su repercusión sobre la forma de prestación del contrato, teniendo en cuenta que los pliegos conceden al órgano de contratación discrecionalidad para decidir sobre la imposición de penalidades o la resolución del contrato, este Consejo debe compartir el criterio de la Administración consultante, y considera que procede resolver el contrato por incumplimiento culpable de la contratista, al amparo del citado artículo

211.1.i) de la LCSP, en relación con el apartado k) y l) de la cláusula 4.4 del PCAP.

2) En segundo lugar, la propuesta de resolución señala como causa de resolución el incumplimiento en materia de protección de datos, en relación con en el apartado J3 del Cuadro de características particulares del PCAP del Contrato, al prever como condición especial de ejecución la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, obligación que tendrá carácter esencial de conformidad con lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 LCSP, y cuyo incumplimiento se contempla en la cláusula 4.4 letra b) del PCAP como causa de resolución del contrato.

Pues bien, el artículo 211.1.f) establece, al igual que lo hiciera el artículo 223.f) del TRLCSP, que el contrato puede asimismo resolverse ante "el incumplimiento (por el contratista) de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento técnico descriptivo". Ahora bien, frente a la regulación anterior, el citado artículo de la LCSP incorpora a continuación dos novedades, al exigir que concurran estos requisitos:

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

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

A juicio del Consejo de Estado, en su Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, la Ley trata con ello de impedir que el pliego del contrato "configure como obligaciones esenciales cuyo incumplimiento determine la resolución contractual todas las obligaciones asumidas por el contratista". Así, a diferencia de las leyes precedentes, la LCSP no contiene ya una remisión genérica a otras posibles causas de resolución "establecidas expresamente en el contrato", lo que supone que para que "este efecto extintivo pueda modularse en función de las características propias de cada contrato, la única opción remanente será la definición en el pliego de dichas obligaciones esenciales, lo que habrá de tenerse en cuenta en la confección del mismo".

En el supuesto que examinamos no cabe duda que la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos está calificada como de naturaleza "esencial" en los documentos contractuales, a los efectos de la aplicación de la letra f) del artículo 211.1 LCSP. Así consta en el apartado J3 del Cuadro de características particulares del PCAP del Contrato, que dispone que: "Cuando la ejecución del contrato implique la cesión de datos por la Diputación de xxxx al contratista, será condición especial de ejecución la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, obligación contractual que tendrá carácter esencial de conformidad con lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 LCSP".

Al respecto, la propuesta de resolución dispone: "El incumplimiento de la condición especial de ejecución descrita en el apartado J3 del CCP del PCAP relativa al sometimiento del contratista a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos (apartado b de la cláusula 4.4 del PCAP y artículo 211.1 f) de la LCSP), por cuanto, de la documentación obrante en el expediente y de los informes emitidos a este respecto se deduce un incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de acceso a datos por cuenta de terceros firmado con el contratista con fecha 28/02/2023 como Responsable del tratamiento de los datos que le fueron cedidos para la ejecución de dicho contrato".

En contra de lo anterior, el contratista en su escrito de oposición incide en que no es de aplicación la causa de resolución invocada, debido a diversos motivos. Por un lado, niega que en la ejecución del contrato haya cesión de datos por parte de la Diputación de xxxx, y añade que no hay prueba alguna de que se hayan instalado programas informáticos sin licencia. Al revés, alega que dispone de licencia de todas las herramientas utilizadas, así como de facturas emitidas por las distribuidoras del software.

Así las cosas, la cláusula 3.4. del PCAP incluye, entre las obligaciones y responsabilidades del contratista, la de respetar la normativa vigente, nacional y de la Unión Europea, en materia de protección de datos. Y en el mismo sentido se expresa la cláusula 3.19.2 sobre secreto profesional, cuyo apartado a) señala que la cesión de los datos tendrá como única finalidad la ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, y cuyo apartado b) indica que el contratista deberá someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos,

especificando a este respecto que en estos contratos en los que la ejecución requiera el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, las obligaciones recogidas en las letras a) a e) tendrán carácter de obligaciones esenciales a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 LCSP. A lo que hay que añadir que la empresa adjudicataria del contrato, en virtud de la Disposición Adicional 25ª de la LCSP, tendrá la consideración de encargado del tratamiento de datos, y únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones de la Diputación Provincial de xxxx, sin que pueda aplicarlos o utilizarlos con un fin distinto al que figura en el contrato, ni comunicarlos a otras personas, y además deberá adoptar las medidas de seguridad técnicas y administrativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales y los riesgos a los que estén expuestos.

Sentado lo anterior, obra en el expediente el denominado "Contrato de acceso a datos por cuenta de terceros", suscrito por el contratista el 28 de febrero de 2023, cuya cláusula II, bajo el título "Identificación de la información afectada", dispone que "Para la ejecución de las prestaciones derivadas del cumplimiento del objeto de este encargo, DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE xxxx, responsable del tratamiento, pone a disposición del ENCARGADO DEL TRATAMIENTO, la información de los usuarios del servicio u otros interesados, que resulte necesaria para la ejecución del contrato". Lo anterior pone de manifiesto, y resulta asumido, que la ejecución del contrato sí requiere el tratamiento de datos personales por el contratista, y por cuenta del responsable del tratamiento (Diputación).

Asimismo, el informe emitido por la responsable del contrato el 27 de septiembre de 2023 es claro al asegurar que sí ha existido cesión de datos, y afirma: "En relación a la cesión de datos, sí que existe cesión de datos, pues para la prestación del servicio, por parte de la Diputación de xxxx se facilitan al adjudicatario datos de empresas palentinas, entre otras las pertenecientes a la Marca Alimentos de xxxx, de la que es titular esta Administración (…). Destacar el correo electrónico de fecha 31 de marzo de 2023, que la Técnico de esta Diputación, yyy1, envío al coordinador del proyecto contratado por la empresa Adjudicataria, yyy2, adjuntando un listado de las empresas pertenecientes a Alimentos de xxxx, y que se adjunta a este informe".

Con todo, resulta asumido, a la vista del contenido de los pliegos del mentado contrato firmado por la contratista y de los informes técnicos que constan en el expediente, que, en la ejecución del contrato, sí existe cesión

de datos, por lo que no pueden tener acogida las afirmaciones realizadas por la adjudicataria en su escrito de oposición.

Además de ello, la mercantil rechaza que haya utilizado programas informáticos sin licencia. Al respecto, el órgano de contratación tiene noticia de los hechos mediante sendos escritos presentados el 26 de mayo de 2023 y 30 de mayo de 2023 por trabajadores adscritos al contrato. En ellos se denuncia el uso de software pirata en ordenadores que están tratando directamente con datos de las empresas, y se adjunta prueba documental sobre lo manifestado.

Obra en el expediente un informe del Delegado de Protección de Datos de fecha 6 de julio de 2023 que señala: "nada se manifiesta por el adjudicatario respecto a la indicación que se le efectúa sobre la constatación del uso de programas ilícitos, con parches, para hacer uso de software sin licencia (Paquete Office, Adobe Ilustrador entre otros) y la indudable repercusión de tal actuación en la posición del Responsable de Tratamiento por el uso de datos tanto de la propia Diputación Provincial como los de carácter personal de las personas beneficiarias del proyecto Acelera Pyme".

Y sobre la obligación de presentar documentación referida a las licencias o auditorias de software, que el contratista cuestiona, este informe establece: "El adjudicatario tiene firmado un contrato de acceso a datos por cuenta de terceros a fecha 28/02/2023, conforme obra en el Expediente de Contratación, y dentro de las obligaciones del Responsable del tratamiento (Diputación de xxxx) aparecen las siguientes:

»*Velar, de forma previa y durante el tratamiento, por el cumplimiento del RGPD por parte del Encargado.

»*Supervisar el tratamiento, incluida la realización de inspecciones y auditorias".

Finalmente, el informe de referencia advierte del alcance del uso de software sin licencia: "El uso de software "pirata" puede implicar, además de lo anterior, una serie de riesgos de seguridad importantes que pueden suponer también incumplir la normativa sobre protección de datos (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), pues conforme a la información recabada

del Servicio de Informática de la Diputación Provincial, como Responsables del Tratamiento, los principales riesgos ante esta situación serian :

»La obtención de datos personales y su uso de forma ilícita (‘por parte de terceros que controlen dicho software pirata’).

»Posible pérdida de datos.

»Fallos críticos del sistema informático.

»Mayor riesgo de exposición a los ataques de virus informáticos y malware, que afectaría a los datos objeto de tratamiento”.

En consecuencia, se ha acreditado que la conducta expuesta infringe la normativa en materia de protección de datos. Y que la contratista, en su condición de encargado del tratamiento de datos personales, lejos de adoptar medidas tendentes a proteger la seguridad en esta materia, ha utilizado software y herramientas sin las licencias concernidas. Las denuncias documentadas, unidas a la voluntad renuente del contratista al no aportar la documentación solicitada por el órgano de contratación a la que está obligado, lleva a la convicción de que la empresa contratista sí ha incurrido en la práctica evidenciada.

Por todo ello, este Consejo comparte el criterio de la Administración consultante, y considera que procede resolver el contrato por incumplimiento culpable de la contratista al amparo del citado artículo 211.1.f) de la LCSP., en relación con el apartado b) de la cláusula 4.4 del PCAP.

3) Finalmente, se indican también como causas de resolución del contrato las contempladas en los apartados f), h) e i) de la cláusula 4.4 del PCAP, en relación con la prestación manifiestamente defectuosa o irregular del servicio, no cumpliendo las condiciones establecidas en el contrato, el retraso sistemático en el mismo, y la obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.

En este sentido, la propuesta de resolución indica que “La prestación manifiestamente defectuosa o irregular del servicio, no cumpliendo las condiciones establecidas y el retraso sistemático en el mismo; la reiterada obstrucción a las facultades de dirección e inspección de esta administración, así como una desobediencia reiterada de las órdenes dadas al contratista por

el responsable del contrato respecto a la forma y régimen de prestación del servicio (apartados f, h e i de la cláusula 4.4 del PCAP).

»Por cuanto resulta acreditada la existencia de reiterados incumplimientos graves y de naturaleza sustancial por parte del adjudicatario, que afectan a la prestación principal del contrato.

»La concurrencia de las causas de resolución señaladas, motivan que haya de acordarse la resolución del contrato, cuya continuidad supondría un grave perjuicio para el interés público perseguido con el mismo".

Por su parte, el contratista sostiene que las conductas que se le atribuyen no están calificadas en los pliegos como obligaciones esenciales, y por tanto no se cumple la exigencia contemplada en el artículo 211.1.f) de la LCSP. Niega que exista una ejecución irregular del servicio, no habiéndose producido ninguno de los incumplimientos contractuales aducidos en el informe de 19 de julio de 2023, que en su caso no justificarían la resolución del contrato. Concretamente alude a los incumplimientos imputados y referidos a la organización de las rutas; las entregables parciales mensuales; las actuaciones en las que se divide el proyecto; la documentación en formato electrónico editable; y al enfoque de género. Por último, rebate la supuesta obstrucción y desobediencia, pues afirma que la contratista ha dado cumplida respuesta a todos los requerimientos que se le han efectuado.

Por su parte, en su informe de 27 de septiembre de 2023, la responsable del contrato responde a las alegaciones realizadas por el contratista, insistiendo en los múltiples incumplimientos de las condiciones establecidas en el contrato, y en síntesis señala:

- En cuanto a la organizaciones de ruta: "Un tercer incumplimiento detectado y por el que se requería un dossier con las visitas y rutas realizadas a entregar trimestralmente, por ser condición especial de ejecución también de carácter medioambiental, de conformidad con las tareas descritas en la Actuación 3 (A3) del PPTP, que el equipo técnico propuesto por el adjudicatario para el desarrollo del contrato deberá planificar las solicitudes recibidas por los beneficiarios a fin de buscar la ruta más eficiente, todo ello con el fin de reducir el consumo de carburante y con ello, el nivel de gases y emisiones de CO2 a la atmósfera, sigue sin ser entregado un documento que acredite planificación y optimización de las

rutas realizadas por cada técnico partiendo de la premisa de que `Las Oficinas Físicas tienen como objetivo ser un punto de información y dinamización presencial y facilitar el desplazamiento de técnicos/as a las empresas´. En la documentación aportada no aparecen rutas, planificación de las mismas, técnico que las efectúa, ni la oficina desde la que se ejecuta el desplazamiento, no pudiendo esta parte comprobar el cumplimiento de este punto".

- Respecto a los entregables parciales mensuales, el informe dispone que "no se cumple con los entregables en forma y/o plazos recogidos en la memoria técnica del proyecto conforme al cronograma de actuaciones aportado por la empresa en su memoria técnica. El desglose de las actuaciones lleva asociada una serie de entregables parciales mensuales que fueron valorados positivamente en el juicio de valoración técnica de la licitación y que la documentación aportada no se ajusta a lo propuesto ni a lo requerido ya que se entrega de forma incompleta y con carácter trimestral.

»Los entregables exigidos por Diputación de xxxx son los recogidos en el PPT, además de los reflejados en la memoria técnica del proyecto, incluyendo el cronograma de actuaciones, en el cual se recoge tanto el desarrollo temporal de las mismas, como de la documentación parcial a entregar. Destacar que la memoria técnica aportada por qqqq es parte contractual".

- En lo relativo a las actuaciones en las que se divide el proyecto:

Actuación 1: Gestión del proyecto y sostenibilidad en el tiempo.

"El cuadro de mando integral divide los indicadores entre Diputación de xxxx, Cámara de Comercio y qqqq, no siendo correcto por los siguientes motivos:

»La Cámara de Comercio no es parte del proyecto RED OFICINAS ACELERA PYME xxxx RURAL (R-OAPxRURAL), (…).

»No existe trazabilidad en el gasto del proyecto por lo que no se puede monitorizar económicamente el proyecto".

Actuación 2: Puesta en marcha de las Oficinas Físicas y la virtual.

"Tanto la infraestructura de la página web como la imagen visual corporativa es objeto del contrato ya que se recoge en el PPT y/o en la memoria técnica del proyecto, ambas, partes contractuales.

»(…)

»La propia aplicación de análisis ya nos indica en color rojo como crítico el rendimiento en móvil y medio el rendimiento en PC. Esto afecta directamente a la calidad del servicio.

»En cuanto a la tardía contratación de los técnicos, me remito en los hechos descritos en mi informe de fecha 26 de mayo de 2023, no siendo aceptados por Diputación de xxxx los cambios que se han realizado, ni sus retrasos en la incorporación".

Actuación 3: Soporte a beneficiarios a través de tres oficinas físicas.

"Los datos de asesoramiento y diagnóstico los tienen que recoger los técnicos del proyecto, por lo que esta parte no puede ser justificable. Se ha entregado de una manera errónea y/o incompleta en reiteradas ocasiones.

»Después de avisar mediante correo electrónico de este hecho, por parte de qqqq, en vez de solventar la situación contactando de nuevo con la empresa y completando los datos, se entrega documentación alterando la encuesta de satisfacción y rellenándola en nombre del beneficiario sin el consentimiento de los mismos.

»(…)

»La documentación aportada como actas de reunión son plagio de la información de la Cámara de Comercio sin que se indique ningún dato de modo de reunión presencial o telemático, fecha, asistentes ni ningún dato identificativo. No se aporta ni un solo dato más, que los datos que la Cámara de Comercio recoge".

Actuación 4: Soporte a beneficiarios a través de una Oficina Virtual.

"Esta actuación hace referencia únicamente al soporte a través de la oficina virtual. Como se hacía referencia en el informe de fecha 19 de julio de 2023, en el que se aportaba como prueba uno de los periodos sin evidencias ni reporting del trabajo. No es válido alegar las visitas de las otras oficinas presenciales en esta actuación ya que no son objeto de la misma".

Actuación 5: Fomento de la transformación digital.

"Como se indicaba en el informe de fecha de 19 de julio de 2023, no se está consiguiendo el umbral mínimo de asistentes a las jornadas, al igual que no se está difundiendo entre los usuarios objetivos del proyecto".

Actuación 6: Estímulo de la demanda tecnológica.

"Se plagia la información de la Cámara de Comercio y se siguen sin aportar evidencias de estas reuniones (…)

(…)

»El PPT establece la entrega de documentación del proyecto en formato editable tal y como se comunicó desde el requerimiento del 8 de junio de 2023. Los PDF entregados no son documentación editable.

»Sigue sin aportarse documentación, listado de medidas o actividades con enfoque de género para la participación activa de mujeres en las actividades del proyecto".

En el contexto expuesto, el repetido informe del técnico señala: "Como ha quedado demostrado, se ha acreditado, desde el inicio de la prestación del contrato, una reiterada obstrucción a las facultades de dirección e inspección de esta administración y una desobediencia reiterada de las órdenes dadas al contratista por la responsable del contrato respecto a la forma y régimen de prestación del servicio, circunstancias igualmente contempladas como causas de resolución del contrato en los apartados h) e i) de la cláusula 4.4 del PCAP".

Así pues, puede concluirse sin dificultad que las irregularidades constatadas por el responsable del contrato lo son de prestaciones que, si bien no han sido catalogadas en el pliego como obligaciones esenciales, sí inciden en una prestación deficiente del contrato.

A la vista de todas las circunstancias expuestas, este Consejo considera que en el presente supuesto estamos ante el incumplimiento de obligaciones sustanciales, junto a otras que pueden resultar accesorias pero también privan al contrato de alcanzar su fin, de suerte que las conductas analizadas tienen una entidad suficiente para acordar la resolución del mismo.

Como se ha puesto de manifiesto, los informes técnicos constatan que la empresa no cumplió con aquellas obligaciones. Frente a lo cual la adjudicataria admite en algunos supuestos directa o indirectamente los hechos, justifica su conducta mediante interpretaciones forzadas de los pliegos y de su propia memoria, o bien concede explicaciones poco fundadas que son rebatidas razonablemente por los informes técnicos que obran en el expediente.

Por todo ello, este Consejo comparte el criterio de la Administración consultante, y considera que procede resolver el contrato por incumplimiento culpable de la contratista, al amparo del citado artículo 211.1.i) y f) de la LCSP.

5ª.- Por último, procede recordar que, con carácter general, el incumplimiento culpable del contratista provoca, como efecto de la resolución, la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 110.d) de la LCSP, y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación del contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 213.3 de la LCSP.

Este artículo 213.3 de la LCSP ha de ponerse en relación con el 113 del RGLCAP, que dispone que "En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración".

Para su fijación, si procede, deberá considerarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró que: "(…) debiendo tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración aquellos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros".

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el contrato del servicio de asistencia técnica para los trabajos de puesta en marcha y ejecución del Proyecto "Red de Oficinas Acelera PYME xxxx Rural (R-0AP-xRURAL)", suscrito entre la Diputación de xxxx y la mercantil qqqq, S.L.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.