



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de junio de 2007, el Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF) dicta resolución por la que se adjudica a la empresa --, S.L. el contrato de servicios para el diseño y elaboración de Simuladores virtuales de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación, destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena (en lo sucesivo CNFPO), por un importe de 200.000 euros, designando al Director del citado Centro como funcionario responsable del seguimiento de la ejecución del contrato, con el asesoramiento técnico de x, y., ambos docentes y licenciados en Ciencias Químicas.

SEGUNDO.- Una vez constituida por la adjudicataria la garantía definitiva por importe de 8.000 euros, se formaliza el contrato el 18 de julio de 2007, con sujeción a los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo PPT y PCAP, respectivamente), y al contenido de la oferta de la contratista, que sirvió de base a la adjudicación.

En la estipulación 2ª del contrato se especifica que la adjudicataria *"se compromete a la prestación del contrato con estricta sujeción a los Pliegos citados en la cláusula anterior, así como al contenido de su propia oferta, que sirvió de base para la adjudicación, pudiendo comenzar dicha prestación a partir de la firma del correspondiente contrato administrativo, y debiendo estar finalizada 18 meses después"*.

Y en la estipulación 3ª del mismo contrato se establece que el precio máximo que se obliga a pagar el SEF (200.000 euros) se distribuye en 168.080 euros para el ejercicio 2007 y 31.920 para el año 2008, en función del siguiente calendario:

- "1. A la terminación del Simulador de Calderas de Vapor, el 40%.*
- 2. A la terminación del Simulador de Columnas de Destilación y Rectificación, otro 40%.*
- 3. A la entrega y recepción de conformidad de todos los productos, incluida la formación y adiestramiento de los docentes, el restante 20%".*

Entre las obligaciones de la empresa contratista se señala que será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle (cláusula 15.1.3 PCAP), y que deberá contar con el personal necesario para atender sus obligaciones (cláusula 15.1.7 PCAP).

También se prevé en la cláusula 16 del citado Pliego -para el seguimiento y validación de los trabajos-, la creación de una Comisión, a través del CNFPO de Cartagena, con la composición que se indica, que validará los productos resultantes. Entre los integrantes figura el Director del citado Centro, que el contrato singulariza como funcionario responsable del seguimiento de la ejecución del Proyecto.

Por último, el PPT detalla las características específicas y funcionales de los Simuladores de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación, que contienen tres módulos o partes diferenciadas: descriptiva, operativa y ejercicios prácticos (folios 229 a 239 del expediente 54/09).

TERCERO.- La Comisión de seguimiento de los trabajos del Proyecto se reúne por primera vez en la sede del CNFPO en Cartagena el 27 de agosto de 2007, en la que se aprueba

conjuntamente con la contratista, a propuesta del responsable del seguimiento, el siguiente calendario de los trabajos (folios 286 a 288 del expte. 54/09):

- Revisión global de los trabajos del Simulador de Calderas: 18 de diciembre de 2007.
- Validación definitiva del Simulador de Calderas: 18 de abril de 2008.
- Revisión global del Simulador de Columnas: 18 de agosto de 2008.
- Validación definitiva del Simulador de Columnas: 18 de diciembre de 2008.
- Suministro, montaje, puesta en funcionamiento del sistema y formación y/o adiestramiento al profesorado en su manejo: 22 de diciembre de 2008.
- Acta de recepción de los trabajos: dentro del mes siguiente a la entrega del trabajo.

Como consecuencia del citado calendario, el Director del SEF aprueba el reajuste de anualidades en el presente contrato, sobre la base del informe del técnico responsable del seguimiento del contrato, al haberse acordado con la contratista el calendario de entrega de los trabajos, según el cual en el año 2007 no tenía que entregarse por la empresa ninguno de los dos bloques previstos para ese año, a cuya entrega estaban anudados los pagos, sino que se entregarán en el año 2.008, conforme al precitado calendario, y así se hace constar por escrito por el representante de la empresa que muestra la conformidad con dicho reajuste (folio 282 del expte. 54/09).

CUARTO.- Constan las actas de la Comisión de seguimiento de los trabajos, correspondientes a las sesiones de los días 13 de diciembre de 2007, y 17 de abril, 26 de junio, 28 de julio, 11 de septiembre, 30 de septiembre (aunque en la reunión anterior se fijó el mes de octubre, por lo que podría ser un error material), 28 de noviembre y 12 de diciembre de 2008 (folios 394 a 430 del expte. 54/09), fecha esta última en la que la contratista deja instalada la aplicación multimedia del Simulador de Calderas de Vapor para que pueda ser revisada por asesores del CNFPO. También en esa última reunión, cuya acta no aparece suscrita por el representante de la contratista en la copia del expediente, ésta entrega un escrito en el que solicita la prórroga de la duración del contrato hasta el 30 de abril de 2009, para poder finalizar los trabajos (folio 315 del expte. 54/2009).

Asimismo figura una propuesta del Director del CNFPO al SEF, de 26 de diciembre de 2008 (folio 369 del expediente 54/2009):

"Estudiado y analizado en profundidad el material entregado por x. relativo a la Caldera de Vapor por expertos docentes del Área de Química Básica, x, y., así como el técnico superior del Centro de Formación x, concluyen con sendos informes los cuales se adjuntan, en los que de una forma clara e inequívoca se pone de manifiesto que los materiales elaborados no se adecuan a las prestaciones contratadas, conforme a los requisitos mínimos fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas por los que se rige la presente contratación".

De otra parte, la misma propuesta destaca que se ha producido un incumplimiento en los plazos fijados para la ejecución y entrega de los trabajos, al no haberse terminado al día de la fecha el Simulador de Calderas de Vapor, conforme a los estándares de calidad fijados, ni haberse validado trabajo alguno en relación con el Simulador de Columnas de Rectificación, sin que, en ningún caso, dicha demora sea imputable a cambios solicitados e introducidos en el proyecto por parte del representante del órgano de contratación, según se desprende de la lectura de las nueve actas de seguimiento de los trabajos que se acompañan.

Finalmente concluye:

"Es por todo ello, por lo que la Dirección del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena, como representante del órgano de contratación en la Comisión para el control y evaluación del Proyecto, propone la resolución del contrato por incumplimiento de los estándares de calidad en el simulador virtual de Calderas de Vapor Piro tubulares y la no ejecución del simulador virtual de Columnas de Rectificación en los plazos establecidos en el

contrato".

QUINTO.- Propuesta la resolución contractual por el SEF, a la que se opuso la contratista, y recabado el parecer de este Consejo Jurídico, se adoptó el Dictamen núm. 99/2009 (expte. 54/2009), que señala, además de otras consideraciones, la procedencia de declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual por el órgano competente, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su iniciación, a tenor de la doctrina jurisprudencial citada en aquel Dictamen, sin perjuicio de indicar la posibilidad del órgano contratante de iniciar un nuevo procedimiento, al que se deberían incorporar en tal caso las actuaciones seguidas en el caducado, por evidentes razones de economía procesal.

SEXTO.- Declarada la caducidad del anterior procedimiento el 8 de julio de 2009, según el resumen de actuaciones, se inicia por el órgano de contratación el 14 de septiembre de 2009 un nuevo procedimiento de resolución contractual (expte. 204/2009 de este Órgano Consultivo), que tiene su causa en el incumplimiento de las prestaciones comprometidas por la empresa --, S.L., puesto que ha incumplido el plazo total de ejecución, que finalizaba el 18 de enero de 2009. Al citado acuerdo de iniciación se acompañan:

1. Correo electrónico del Director del CNFPO, de 1 de diciembre de 2008, por el que se remite a la contratista los informes de los técnicos del citado centro en relación con el documento descriptivo y de operación de la Caldera de Vapor, así como en relación a la versión instalada del Simulador (folio 24 del expte 204/09).

2. Sendos escritos dirigidos por los dos asesores del CNFPO al Director del Centro, en su condición de responsable del seguimiento del Proyecto, de 23 de noviembre de 2008, en los que se manifiesta (folios 25 y 26):

a) Por parte de D. x:

"Una vez revisado el material enviado por la empresa x. acerca del simulador de una caldera pirotubular, he llegado a la conclusión que los objetivos planteados en la última reunión (30 de octubre de 2008), que consistían de forma general en la incorporación de una revisión técnica y didáctica adecuada no se han cumplido.

Sin entrar en detalles tengo que decir, que desde el punto de vista técnico se han sustituido fotografías e incorporado más material, pero que no resuelven muchas lagunas que quedan pendientes y que puntualizarlas sería llevarnos a la misma situación que en otras reuniones, que hemos ido exponiendo puntos, que se han ido modificando, así una reunión tras otra y vuelta a empezar, esto, a estas alturas no me parece ni conveniente ni abordable, las fechas establecidas no lo permiten.

Desde el punto de vista didáctico no se ha modificado nada, sigue estando igual de enrevesado que estaba, cabe destacar, como positivo, que las páginas del índice esta vez están en orden. Mi impresión general a la vista de este trabajo es que contiene mucho material, pero no me resuelve los problemas que se presentan en el funcionamiento de una caldera de este tipo y la metodología didáctica con que está presentado no la veo en absoluto, ni desde el punto de vista del alumno, ni desde el punto de vista del profesor que tiene que instruirlo".

b) Por parte de x:

"La extensión del contenido del documento enviado por x. "Documento descriptivo del simulador de calderas" es de 287 páginas. La razón por la que recojo este dato es para reforzar el primer comentario acerca de dicho documento:

Los contenidos en cuanto a cantidad son excesivos. Toda esta información (buena o mala, adecuada o no) es imposible de estudiar, conocer y asimilar por el operador en el tiempo que razonablemente se le adjudicaría a este tema.

Por tanto estos contenidos no son operativos y por tanto no son válidos.

Una lectura rápida del documento (son 300 páginas) me ha permitido observar:

- Las figuras y las tablas no están numeradas y en la mayoría de los casos o no están rotuladas o el rótulo identificativo no está claro.

- Hay contenidos que no son necesarios conocer y menos estudiar por el operador. Por ejemplo, la tabla de la página 14-15, la ecuación de la página 17, la gráfica de la página 18, la tabla de la página 21 (...)

- Sigue habiendo defectos y errores en la redacción, por ejemplo (...)

Por tanto, tengo que concluir que estos contenidos no son válidos para el simulador de calderas de vapor pirotubulares".

Sustenta lo anterior en una relación de observaciones al documento descriptivo del Simulador de Calderas fechado el 17 de noviembre de 2008 (folios 27 a 29).

3. Relación de observaciones de los asesores, a resultas de la reunión celebrada el 28 de noviembre de 2008, transcribiendo las realizadas por x. (folios 30 y 31):

"De acuerdo con las conclusiones a las que hemos llegado en la reunión de hoy (28/11/08) en el centro del SEF (Cartagena), presento a continuación un resumen de los puntos que no aparecen, y otros que no aparecen suficientemente claros, en el documento último recibido de la empresa x, encargada de realizar el simulador virtual de una caldera de vapor pirotubular.

A.- DESCRIPTIVA:

1.- Para presentar una herramienta de este tipo es imprescindible antes de entrar en detalles, hacer una descripción lo más clara posible de:

- Definición y función de una caldera pirotubular.

- ¿Por qué elegimos esta caldera?

- ¿En qué contexto se ubica?, ya que no es un elemento que podamos considerar individualmente, sino que está integrado en un sistema de producción, que responde a unas demandas de vapor, en las que hay periodos con puntas de consumo y en otros no hay demanda del mismo, luego no es un equipo que tenga que estar necesariamente funcionando de forma continua.

2.- De la caldera sale una línea general que distribuye el vapor por toda la fábrica, por lo tanto, ¿qué características debe tener esta línea para distribuirlo?: aislamiento de tuberías, juntas de dilatación, purgadores de condensados, válvulas reductoras para obtención de vapor de baja, etc.

3.- Condensados. Una vez realizada su función el vapor retorna en forma de condensados al sistema de intercambio de calor, cediendo y aumentando la temperatura del agua a la entrada de la caldera, con todas las ventajas que esto implica y que sería conveniente desarrollar: por el ahorro de combustible que implica, repercusión medio ambiental, etc.

4.- El combustible que aportamos a la caldera constituye un subsistema muy importante de la caldera, que está formado por un tanque de suministro con unas características especiales: sistema de calentamiento continuo, unas líneas de suministro de éste a la caldera con su correspondiente aislamiento y acompañamiento, filtros, sistema de recirculación, para el caso de parada automática de caldera por falta de demanda. Todo esto lógicamente la forma más didáctica de describirlo es partiendo de un esquema adecuado.

5.- El agua de alimentación a la caldera, es necesario presentarlo igualmente de forma esquemática para poder describirlo. Es muy importante el tratamiento del agua de alimentación a través de un sistema de intercambio iónico y la regeneración del mismo una vez agotadas las resinas. Igualmente, cómo se dosifican los productos de tratamiento, preparación de los mismos, etc.

6.- Los instrumentos de medida y seguridad que presenta la caldera es necesario identificarlos, y decir en nuestro caso concreto, cuál utilizamos, ya que en el informe, pasamos directamente a mostrar la clasificación, sin particularizar. Ejemplo, en el caso de un indicador de temperatura,

¿qué tipo utilizamos y porqué?, y luego presentar los distintos tipos de termómetros.

7.- Cuando tratamos los tipos de incidencias que puede presentar una caldera, es necesario presentar alternativas que identifiquen los motivos y las posibles soluciones.

B.- OPERACIÓN:

En el pliego de condiciones está muy claro lo que demandamos y es:

1.- Que se puedan operar los elementos individualmente. Es muy importante que pueda actuar el operador desde la pantalla. Por ejemplo, como se lleva a cabo una purga manual.

2.- Un operador debe hacer una regeneración sobre las columnas de intercambio iónico cuando las resinas están saturadas.

3.- Un operador debe saber, que es un filtro en los distintos sistemas, desmontarlo y limpiarlo.

4.- Igualmente debe saber cómo operar sobre un purgador, cómo desmontarlo y limpiarlo.

5.- El operador tiene que ver cómo abrir y operar una caldera en las operaciones de mantenimiento.

6.- Frente a las incidencias que hemos expuesto, en la parte descriptiva decimos que debe de tener alternativas que le den opciones, pero ¿cómo actúa frente a ellas?

C- La parte técnica, en la que recogen los datos de la caldera, presenta muchas contradicciones, de unos cuadros de datos a otros, errores de bulto y datos presentados en diferentes unidades que no permiten contrastarlos, es necesario corregirlos porque inducen a error.

D.- El tratamiento didáctico, que hemos venido insistiendo desde el principio de nuestras reuniones, es evidente por su ausencia. Espero que los puntos anteriormente desarrollados sirvan para aportar algo de luz en este sentido".

4. Informe realizado por x, experto externo en metodología didáctica, de 6 de agosto de 2009 (folios 34 a 54, del expt.204/2009) cuyo párrafo introductorio expone:

"A petición de los profesores tutores que habrán de utilizar la herramienta, dada la dificultad que experimentan en la comprensión del texto y, sobre todo, dudando de la eficacia didáctica que pueda presentar el Documento, y a instancias de la dirección del centro nacional de formación he realizado una primera revisión metodológica.

Desde el punto de vista didáctico el Documento no reúne los mínimos niveles de aceptabilidad. Su lectura no facilita la percepción rápida de las ideas principales, ni la comprensión e interrelación de los conceptos, y mucho menos la visualización y ordenación mental de los pasos a seguir en los procedimientos.

El escaso uso de esquemas y resúmenes dificulta la grabación en memoria y posterior evocación de los aspectos estudiados.

No hay buen sistema de ejercicios de autoevaluación que permitan a los alumnos realizar un seguimiento de su propio proceso de autoaprendizaje. Obviamente no existe un mecanismo de refuerzo del aprendizaje de los alumnos.

El texto está presentado con numerosas faltas de ortografía, de redacción y expresión.

Aparecen términos y giros que no se emplean en español europeo, lo que hace suponer que se trata de notas extraídas de documentos de autores centroamericanos o sudamericanos o que han sido redactados por alguien que no usa el lenguaje actual español.

Otros giros hacen sospechar que se ha realizado una traducción automática por un programa informático, no revisada posteriormente.

En todo caso el texto resulta difícilmente comprensible.

Seguidamente paso a relacionar algunos de los errores detectados en la revisión del documento (...)"

5. Informe elaborado por los dos asesores, ya citados, del CNFPO, de 24 de julio de 2009 (folios 55 a 97 del expte. 204/09), en el que se entra a considerar pormenorizadamente las

deficiencias encontradas en el único Simulador entregado (Calderas de Vapor), que no reproducimos por su extensión, a excepción de los siguientes párrafos introductorios:

"Introducción:

La decisión de considerar "NO VALIDO" el simulador de x. se toma en base a un cúmulo de errores y deficiencias encontradas en el simulador.

A lo largo de las reuniones informativas mantenidas con la empresa x. en la elaboración del simulador, son muy numerosos los comentarios negativos de este Centro acerca de:

- Deficiencias, errores y ausencias observadas en los contenidos del simulador. Simplemente, como algo indicativo, sirva un ejemplo: es grave y sintomático que quien va a desarrollar un simulador de caldera pirotubular, olvide, o quizás sea más exacto decir, desconozca, la existencia de puntos de proceso o lazos de control vitales, como la purga continua (ver acta VII reunión de seguimiento).

- La necesidad de que x. disponga de un especialista en calderas pirotubulares y un experto en metodología didáctica de formación para el empleo para poder realizar el desarrollo del simulador.

Debemos, además, tener en cuenta, con objeto de que nos sirva de referencia, el coste del proyecto y su uso final (puesto en conocimiento de x): herramienta de referencia para ser utilizada por todos los Centros de formación ocupacional de España (apartado 5, párrafo c, Pliego Prescripciones Técnicas).

Sin embargo, con todos estos antecedentes, en ningún momento x. intentó reconducir el tema corrigiendo los defectos comentados. Sólo en el último momento (menos de 1 mes antes de la fecha de entrega del simulador) x. propone a los técnicos del Centro contratarlos para que hagan las correcciones y cambios necesarios en el simulador. Sólo uno de los técnicos, que asesora al Centro, acepta la contratación y trabaja menos de un mes con x. Como es natural este técnico deja de asesorar al Centro. El resto de técnicos no considera procedente aceptar la oferta de trabajo de x.

TEMA 1. CONCEPTOS BÁSICOS

La defensa/justificación de x. a las deficiencias que relacionamos de este apartado se basa (al igual que en los siguientes) en apreciaciones de tan poco peso, como que los conceptos: caudal, medida y unidades; nivel, medida y unidades no se han incluido porque tampoco se incluye en uno de los manuales para operadores de calderas que hay publicado en el mercado. Opinamos que una herramienta didáctica que debe ser referencia en su ámbito, tanto por sus contenidos y prestaciones como por su calidad y cuando además, para ello se pone en marcha un proyecto de desarrollo con un altísimo presupuesto, tenemos la obligación como mínimo de innovar y mejorar lo que hay en el mercado. Si no fuese así, el SEF hubiese adquirido el material disponible en el mercado sin necesidad de poner en marcha este proyecto. Por tanto, las referencias a lo que hay en el mercado debe ser con objeto de superarlo, no para igualarlo y mucho menos copiarlo.

Por otro lado, cualquier técnico sabe que las variables clásicas de control del proceso de generación de vapor son: Temperatura, Caudal, Nivel, Presión y Propiedad. Por tanto o las incluye todas o ninguna. Todas son igualmente importantes y todas tienen que ser controladas por el Operador de la Caldera.

Otros de los recursos utilizados de forma permanente por x. para defenderse/justificarse, es el de referirse a que el tema en cuestión "no se cita expresamente en el Pliego de Prescripciones Técnicas". Es evidente que se cita de forma implícita. Además, si se hubiese citado de forma explícita todo aquello que debe contener el simulador, la consecuencia sería que el Pliego de Condiciones Técnicas tendría un tamaño similar a una enciclopedia y ya estaría hecho el diseño del simulador.

En el tercer párrafo x. utiliza para su defensa/justificación las hipotéticas contradicciones de los técnicos del centro. Acerca de este tema debemos decir:

- *El sentido de cada escrito debe entenderse solamente en su contexto. Es decir, habrá que situarse en el día y hora en que se generó y los temas que había sobre la mesa y estaban tratándose.*
- *Los especialistas, los responsables de generar, crear e innovar en cuanto al simulador de calderas de vapor piro tubular, son los técnicos de x. Los técnicos del Centro ayudan, colaboran e incluso pueden dar ideas. Por tanto, los técnicos de x. nunca deben actuar como alumnos que escriben al dictado de los técnicos del Centro.*
- *X. se ha comprometido a desarrollar un simulador de acuerdo con unos pliegos de condiciones y por tanto así debe hacerlo. No es válida la excusa de apoyarse en supuestas contradicciones de los técnicos del Centro (...)"*

SÉPTIMO.- Notificado el trámite de audiencia a la contratista el 21 de septiembre de 2009, un representante de la misma solicita el 29 siguiente que se amplíe el plazo para la presentación de alegaciones, a lo que accede el órgano de contratación, según Resolución de 30 de septiembre de 2009.

OCTAVO.- Con fecha 6 de octubre de 2009, la contratista presenta escrito, en el que se opone a la resolución contractual (folios 98 a 116), solicitando:

1. Que se tramite como un expediente de resolución de incidencias en la ejecución, al amparo del artículo 97 del RCAP y 15.3 del PCAP, acordándose la continuación de los trabajos y concediéndole un plazo razonable para ultimar el Simulador de Columnas de Rectificación.
2. Que se archive la Resolución de 14 de septiembre de 2009 por ser improcedente, dado que el Simulador entregado se ajusta a la oferta y al PPT, y por no existir un incumplimiento culpable de la contratista, ni incurrir en desviación de poder.
3. Que se proceda al pago de las cantidades indicadas, en concepto de los trabajos realizados y de indemnización de daños y perjuicios.

Acompaña la siguiente documentación:

- Anexo 1: informe de contestación realizado a las observaciones de los técnicos del CNFPO de Cartagena, de 19 de febrero de 2009, que se acompañó al escrito de alegaciones presentado al anterior procedimiento caducado.
- Anexo 2: ejemplos de scadas reales de calderas y de simuladores.
- Anexo 3: correo electrónico enviado por x., asesor del CNFPO, a x., Jefe de Proyectos de --, S.L.
- Anexo 4: copia de la factura enviada el día 6 de febrero de 2008 al SEF, por importe de 80.000 euros, y el oficio de devolución.
- Anexo 5: informe del estado de avance del Simulador de Columnas de Rectificación.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 26 de octubre de 2009, tras valorar las alegaciones presentadas, acuerda la resolución del contrato administrativo por el incumplimiento de las prestaciones comprometidas por la empresa (ejecución del plazo), con incautación de la garantía definitiva depositada.

DÉCIMO.- El Asesor Jurídico del SEF informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato suscrito con --, S.L. el 6 de noviembre de 2009, haciendo especial referencia a la gravedad del incumplimiento, según resulta acreditado con los informes obrantes en el expediente, destacando que a la empresa contratista le fue adjudicado el contrato mediante concurso abierto, en el que se establecía como criterio de valoración de las proposiciones, entre otros, la reducción en el plazo de ejecución del contrato previsto en el PCAP, de manera que la contratista ofertó ejecutar el contrato en 12 meses, lo que le supuso una puntuación de 30 puntos, la máxima otorgada a este criterio de valoración. Por consiguiente, la solicitud de

prórroga tuvo lugar el 12 de diciembre de 2008, cinco meses después de que concluyera el plazo ofertado, contado desde la formalización del contrato (18 de julio de 2007), pese al error detectado en el contrato, al recoger como plazo de ejecución los 18 meses previstos en el PCAP.

UNDÉCIMO.- Con fecha 10 de noviembre de 2009 se acuerda por el Director del SEF la suspensión del plazo para dictar resolución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.5, c), LPAC por el tiempo que medie entre la petición de nuestro Dictamen, y la recepción del mismo, notificándose a los interesados.

DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de noviembre de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento por el que se pretende resolver un contrato, al que se opone la contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3, letra a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en lo sucesivo TRLCAP), por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.

1. El presente contrato de servicios se encuentra así calificado en el PCAP, al tener por objeto el diseño y elaboración de unos Simuladores virtuales de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación destinados a la formación de futuros operarios de plantas químicas en el CNFPO de Cartagena, al no ser posible disponer de ellos a escala real y en las condiciones que se presentan en la industria para la realización de las prácticas correspondientes, debido a la envergadura de las instalaciones precisas.

Dicha caracterización viene prefigurada por el artículo 196.3, d) TRLCAP, que considera contratos de servicios los que tienen por objeto *"los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma"*. De igual modo, el artículo 172.2 del mismo Texto Refundido excluye a las adquisiciones de programas de ordenador a medida de la consideración de contrato de suministros.

Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Director del SEF), se encuentran la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 59.1 TRLCAP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación el citado TRLCAP y su reglamento (RD 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RCAP), por aplicación de lo establecido en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

"Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

La causa invocada para la resolución contractual en la propuesta elevada es el incumplimiento por parte de la contratista del plazo convenido para realizar las prestaciones objeto del contrato, según la estipulación 2ª de éste, conforme a lo previsto en los artículos 95.3 y 111,e) TRLCAP: *"La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)"*, en relación con el artículo 214 TRLCAP.

2. En cuanto al procedimiento seguido (artículo 96.1 TRLCAP), constan acreditados los trámites exigidos, conforme al artículo 109 RCAP: a) audiencia a la contratista por plazo de diez

días naturales (se amplió cinco días más a instancia de la misma) y al avalista, puesto que se propone la incautación de la fianza; b) informe del Servicio Jurídico; y c) caso de formular el contratista oposición, Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El expediente acredita el cumplimiento de los primeros trámites citados, quedando pendiente la emisión de este Dictamen.

La contratista sostiene en el escrito de alegaciones que el SEF incurre en abuso de derecho y en desviación de poder al iniciar un nuevo procedimiento de resolución de contrato, citando a este respecto que en el procedimiento anterior, iniciado el 3 de febrero de 2009, el citado Servicio no realizó actuación tendente a sustanciarlo, ni terminarlo, ni declaró expresamente la caducidad hasta 2 meses después, y a instancia de la contratista; además, alega que se han incorporado dos nuevos informes que se encuentran al margen de todo procedimiento (en el limbo jurídico).

Frente a tales argumentos, el Consejo Jurídico considera que el órgano de contratación se ha ajustado en el presente procedimiento a su doctrina por las siguientes razones:

a) Este Órgano Consultivo dictaminó el anterior procedimiento de resolución contractual (expte. 54/09), en su sesión de 1 de junio de 2009 (Dictamen 99/2009), recomendando a la Consejería consultante que declarara la caducidad del mismo, conforme a la doctrina jurisprudencial allí expuesta, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su iniciación, a lo que se adecuó el órgano de contratación, en la medida que declaró la caducidad del anterior procedimiento, como reconoce la contratista. Sin embargo, esta declaración de caducidad no obsta a que el mismo órgano inicie un nuevo procedimiento de resolución contractual, como también se indicaba en el Dictamen 99/2009, puesto que *"la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción"* (artículo 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC en adelante).

b) Tampoco vicia de anulabilidad al nuevo procedimiento la incorporación de informes evacuados con anterioridad, en la medida que se citan en la resolución de iniciación (folio 2) y, por tanto, han sido incorporados al mismo y, más importante aún, han sido puestos en conocimiento de la contratista, a través del trámite de audiencia otorgado, por lo que, en ningún caso, se puede alegar indefensión (artículo 63.2 LPAC). Más aún, que se solicitara una ampliación de los informes anteriormente evacuados a los asesores del SEF, que figuran como tales en la resolución de adjudicación del contrato, con carácter previo a la iniciación del nuevo procedimiento de resolución contractual, denota, por el contrario, que la decisión adoptada por el órgano de contratación se encuentra ampliamente motivada en el expediente. Tampoco puede descartarse que esta alegación responda al propósito de la contratista de no contestar de forma motivada los nuevos informes, a la vista de que acompaña el anterior, de 19 de febrero de 2009, aportado en el procedimiento caducado (folios 117 a 187).

c) También se razona en la propuesta elevada que no se practique la pericial a instancia de la contratante, en tanto la mayoría de los informes aportados, sobre las deficiencias de la documentación parcial entregada, proceden de profesionales independientes que se designaron para asesorar al SEF en lo referente a este contrato (folio 219).

3. En lo que se refiere al plazo para adoptar la resolución del contrato, conforme a nuestra doctrina contenida en el Dictamen 99/2009, el órgano de contratación dispone de tres meses para adoptar y notificar la resolución (artículos 44.2 y 42.3 LPAC), plazo que cumpliría el próximo 14 de diciembre de 2009, en atención a que fecha que fue incoado el procedimiento (el 14 de septiembre), con independencia de que haya sido acordada por el órgano de contratación la suspensión del plazo entre el tiempo que media entre la petición y la recepción

de nuestro Dictamen (artículo 42.5,c LPAC).

TERCERA.- Cumplimiento del contrato y situación de los trabajos a la fecha de finalización del plazo estipulado.

1. Objeto del contrato.

Conforme al artículo 110.1 TRLCAP, el contrato se entiende cumplido por la contratista cuando ésta haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto.

Conforme al PPT, al que se remite la estipulación 1ª del contrato, es objeto del mismo (cláusula 1):

"el diseño, desarrollo técnico y suministro de dos simuladores virtuales, conforme al plan de necesidades detallado más adelante, que posibilite a los alumnos visualizar y experimentar situaciones que son consecuencia de sus acciones sobre los equipos que se utilizan, como, por ejemplo: averías, fugas, explosiones, salidas de gases, etc., permitiendo a los alumnos reaccionar ante situaciones de riesgo, viendo y experimentando con sus conocimientos teóricos. A través de las diferentes pantallas de ordenador, los simuladores presentarán una serie de menús con la posibilidad de entrar en los contenidos teóricos básicos para el desarrollo de las distintas prácticas, permitiendo moverse por un escenario virtual que recreará con total fidelidad los componentes de los equipos y el entorno habitual de trabajo. Se podrá interactuar con la máquina a través de los distintos periféricos y se tendrá la opción de visualizar la pantalla en un cuadro de mandos de los equipos.

La parte teórica y la práctica irán directamente relacionadas. El docente, desde su PC, podrá considerar toda la casuística de averías o problemas más frecuentes y que considere oportuno debe realizar el alumno en cada momento, recogándose el resultado de las prácticas en un informe que podrá consultar a posteriori.

El adjudicatario suministrará e instalará un sistema de simulación virtual para Calderas de Vapor Pirotubulares y Columnas de Rectificación, al que se adjuntará los correspondientes manuales en castellano necesarios para la formación del profesorado en su manejo.

(...)

El sistema contratado permitirá cubrir los siguientes objetivos:

- La familiarización con las calderas de vapor y columnas de rectificación, a través del conocimiento de sus estructuras, componentes, funciones y mecanismos de control.*
- La aplicación y comprensión del funcionamiento de estos equipos en diferentes condiciones de trabajo, así como las operaciones de mantenimiento precisas; todo ello bajo normas y procedimientos de seguridad.*
- Todo el sistema se desarrollará basándose en equipos comerciales habitualmente utilizados por las empresas del sector en sus procesos productivos".*

Por tanto, se entiende cumplido el contrato cuando se ejecuta la totalidad del objeto, que en este caso es el diseño, desarrollo técnico y suministro de los dos Simuladores virtuales (Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación) destinados al CNFPO, al área de química básica en general y en operaciones de plantas químicas, que se imparte en sus laboratorios de formación teórico-práctica.

2. Plazo para su ejecución.

Conforme al PCAP, el plazo de ejecución daría comienzo una vez formalizado el contrato y su finalización improrrogable, como máximo, 18 meses después (cláusula 11.1).

De otra parte, entre los criterios de valoración y adjudicación del citado Pliego (cláusula 3.3) se cita el tiempo de ejecución, y la contratista ofertó reducir el plazo a 12 meses, por lo que obtuvo una puntuación de 30 puntos, la máxima otorgada a este criterio de valoración (folio 228 del expte. 204/09). Lo anterior implica, conforme a los compromisos adquiridos, que los trabajos

debían estar finalizados el 18 de julio de 2008 según su oferta, pues se suscribió el contrato el 18 de julio de 2007, y de acuerdo con la estipulación 2ª del mismo, la empresa se comprometía a la ejecución de los trabajos con estricta sujeción a los pliegos citados, así como al contenido de su propia oferta.

No obstante, la adjudicataria resultó especialmente beneficiada por el error material en el que incurrió la Administración contratante, sin objetar nada en contrario, pues se incorporó al contrato formalizado los 18 meses previstos en el PCAP, y no los 12 meses propuestos en su oferta. Pese a dicho error inicial, este plazo de 18 meses se iría consolidando por la actuación de los representantes del CNFPO y de la adjudicataria en la Comisión para el seguimiento de los trabajos, puesto que en la primera reunión celebrada el 27 de agosto de 2007, se acordó un calendario para la supervisión de los trabajos, que se acomodaba a los 18 meses (Antecedente Tercero).

Este último dato conviene ser destacado, cuando la contratista califica de desproporcionada la actuación del órgano de contratación por no otorgar la prórroga de los plazos convenidos como máximos, pues de *facto* habían sido ya prorrogados (seis meses más), frente a su compromiso, que lo reducía a 12 meses.

En consecuencia, el 18 de enero de 2009 finalizaba el plazo de los 18 meses de ejecución previstos en el contrato, haciendo abstracción del error incurrido por las razones ya expresadas.

3. Estado de los trabajos a la finalización del plazo.

Es un dato no controvertido en el expediente, ni siquiera por la contratista, que a la fecha de la terminación del contrato no se había entregado el Simulador de Columnas de Rectificación, como se reconoce en el escrito de alegaciones; únicamente se había entregado la herramienta didáctica correspondiente al Simulador de Calderas de Vapor (el 12 de diciembre de 2008), con independencia de que los asesores del CNFPO informen que tal Simulador suministrado por --, S.L. no cumple el PPT, conforme a los estándares de calidad fijados, llegando a reconocer un grado de incumplimiento en orden a un 30-40% (informe de los asesores del CNFPO de 19 de diciembre de 2008).

En consecuencia, se constata en el expediente una demora por la contratista, que afecta a una sustancial parte del objeto del contrato, respecto al cumplimiento del plazo total de ejecución fijado para la realización del mismo (artículo 95.1 TRLCAP) y, por tanto, un incumplimiento grave del contrato.

CUARTA.- La resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Procedencia. I. Sobre la causa de resolución esgrimida por el órgano de contratación.

La causa de resolución citada en la propuesta elevada a este Órgano Consultivo para la resolución contractual es la contenida en el artículo 111, e) TRLCAP, por remisión del artículo 214 del mismo Texto Refundido (causas de resolución de los contratos de servicios), es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista. Esta causa está íntimamente ligada a la obligación que le incumbe de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (art. 95.1 TRLCAP).

En efecto, la contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem*, la ejecución del contrato no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP). Llegado este momento y constatado que el trabajo completo no se ha terminado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP), justificándose en el presente caso que la opción se ha adoptado en atención a los intereses públicos presentes en el caso, a la vista de la parte de la documentación entregada plagada de deficiencias, según refiere la propuesta elevada, lo que se deduce que requeriría un mayor plazo para una eventual subsanación, en perjuicio del

interés público.

La misma prerrogativa confiere a la Administración el artículo 95.6 TRLCAP cuando la contratista, por causas imputables a la misma, hubiera incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato.

II. El plazo como elemento esencial del contrato.

Sostiene la contratista que en el presente caso el plazo no está configurado como un elemento esencial del contrato, puesto que el objeto principal es el diseño y elaboración de los Simuladores con el fin de ponerlos a disposición en el CNFPO.

Sin embargo, el cumplimiento del contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo constituye una obligación esencial de la contratista, cuya infracción posibilita el ejercicio por la Administración de la potestad resolutoria del contrato. La importancia del tiempo en el cumplimiento del contrato ha sido destacada por la doctrina el Consejo de Estado, en el sentido de que *"el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo constituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación de la contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas a la misma, en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo "* (Dictámenes 4.533/1996 y 2368/2002).

Tampoco es cierto que el plazo no constituya un elemento esencial en relación con el presente contrato, teniendo en cuenta que:

- Entre los criterios de adjudicación, se valoró el tiempo de ejecución (cláusula 3.3 PCAP), como se ha expuesto anteriormente.
- El plazo de los 18 meses se configura como improrrogable en el PCAP (cláusula 11.1)
- Es una herramienta para ser utilizada por todos los centros de formación ocupacional de España para la realización de las prácticas, por lo que la demora en su entrega repercute en las enseñanzas para los futuros operarios de plantas químicas, al no ser posible disponer de Calderas a escala real y en las condiciones que se presentan en la industria para la realización de las prácticas correspondientes, debido a la envergadura de sus instalaciones.

III. El incumplimiento culpable de la contratista.

Sostiene la contratista que ha cumplido todas las prescripciones técnicas del PCAP del PPT y de su oferta técnica y que el retraso en la ejecución del contrato no es imputable a la misma, puesto que ha ido realizando los trabajos de conformidad con las directrices de la Comisión de seguimiento, pese al grado de imprecisión de sus observaciones (folio 103), definiendo sus sugerencias o propuestas como muy genéricas, globales y subjetivas, de acuerdo con las actas levantadas y la correspondencia electrónica, según refiere. No obstante, esta afirmación inicial la matiza posteriormente en el mismo escrito de alegaciones, pues llega a reconocer, en su defecto, una concurrencia de culpas, achacando a la Administración un incumplimiento de sus obligaciones, que no concreta, y que considera que también incidieron en el transcurso del plazo. Por último, llega a reconocer implícitamente, en términos de defensa, su imputabilidad a efectos de señalar la aplicación de la imposición de penalidades (artículo 95.3 TRLCAP), en lugar de la resolución contractual, y para tachar de desproporcionada la actuación del SEF. En su lugar, demanda el otorgamiento de una prórroga al plazo inicial, conforme a la cláusula 11 PCAP, pues siempre ha manifestado su voluntad de cumplir el contrato, argumentado como prueba de ello que contrató a uno de los asesores externos del CNFPO, ante la actitud de bloqueo de sus representantes, frente al comportamiento de la contratista que quiso formar un equipo conjunto, sin el cual era imposible definir *a priori* un modelo cerrado. En definitiva, alega una vulneración del principio de proporcionalidad con la propuesta de resolución contractual y que la Administración debe someterse en su actuación a los principios de buena fe e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Siguiendo con sus alegatos, la contratista señala que si existen discrepancias respecto a la ejecución del contrato, por diferencias en la interpretación de lo convenido, debe seguirse el procedimiento previsto en la cláusula 15.2.3 PPT y artículo 97 RCAP, en lugar de la resolución contractual. En todo caso, considera que corresponde a la Administración probar que el incumplimiento del plazo por parte de la contratista reviste la necesaria gravedad para instarla, con lo que ello implica para la efectiva satisfacción del interés público que preside la contratación pública.

Solicita al SEF el abono de las cantidades correspondientes a los trabajos entregados. En concreto, por el Simulador de Calderas de Vapor (40% del precio de contrato, más los intereses legales), y por el Simulador de Columnas de Rectificación (40% del precio del contrato, más los intereses legales), puesto que sostiene que la denegación de la prórroga y el inicio del procedimiento de resolución le han impedido finalizar los trabajos de este último Simulador; el resto de la cantidad convenida la reclama en concepto de indemnización, por cuanto imputa al SEF la imposibilidad de realizar las restantes prestaciones, ante la negativa a continuar con las reuniones de la Comisión de seguimiento.

Finalmente, solicita que se opte por la continuación del contrato, otorgando un plazo razonable para la terminación de los trabajos del Simulador de Columnas de Rectificación, archivando la iniciación del procedimiento de resolución contractual por ser improcedente, al no existir un incumplimiento imputable a --, S.L. y por incurrir en desviación de poder. Asimismo solicita las cantidades expresadas.

Pese a lo expresado, este Consejo Jurídico considera que la contratista no ha acreditado, en modo alguno, que en la demora para la realización de la totalidad de las prestaciones objeto del contrato haya concurrido la actuación de la Administración, a tenor de la documentación integrante del expediente, sobre todo de las actas de las reuniones de la Comisión de seguimiento, que reflejan la actuación de ambas partes.

Tampoco se advierte la desviación de poder alegada, al no concurrir los requisitos que para su apreciación cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de julio de 2009 (fundamento jurídico tercero).

A tales efectos, y correlativamente a sus imputaciones, se realizan las siguientes consideraciones:

1. Respecto a las observaciones de los representantes del CNFPO, que califica la contratista de genéricas, globales y subjetivas (incluso se refiere a una actitud de bloqueo), no se desprenden tales calificaciones, sino todo lo contrario, de las opiniones vertidas por los representantes de la contratista en las reuniones de la Comisión de seguimiento con los representantes del CNFPO. Así, a modo de ejemplo, en la sesión correspondiente a 11 de septiembre de 2008 (folios 416 a 419 del expte. 54/2009), cuya acta aparece suscrita por el representante de la contratista, se transcribe en el apartado CUARTO:

"Toma la palabra seguidamente x. para reiterar en nombre de x. el agradecimiento a los expertos del CNFPO por la actitud positiva y de colaboración mostrada en todo momento, y sus observaciones y aportaciones mejorarán sin duda las propiedades y la capacidad formativa del simulador, aprovechando para invitar a esa participación activa y positiva continua hasta la recta final del desarrollo de los módulos descriptivo y operacional, así como en el de ejercicios prácticos".

De otra parte, tampoco se desprenden tales calificativos del contenido de los informes de los asesores docentes del CNFPO obrantes en el expediente, que se relacionan en el Antecedente Sexto. Tampoco que sus observaciones no fueran concretas, a la vista de los citados informes y observaciones recogidas en las actas de las comisiones de seguimiento, orientadas a la consecución de un producto válido, a tenor de sus finalidades (docentes y prácticas), como

pone de manifiesto el informe elaborado por los asesores del CNFPO de 24 de julio de 2009 (folios 55 a 97), para ser utilizado como una herramienta de referencia para todos los centros de formación ocupacional de España (cláusula 5, apartado c, PPT).

Como glosario de la actuación de los representantes del CNFPO, que se trasluce en las distintas actas de la Comisión de seguimiento de los trabajos, orientada a la subsanación de deficiencias de los avances entregados y de la corrección de la contratista de los defectos advertidos, según las prescripciones del PPT, se reproduce el apartado Tercero del acta citada, correspondiente a la misma sesión de 11 de septiembre de 2008:

"Tras la entrega del citado material a los expertos del CNFPO los técnicos de x. hacen una detallada exposición de la estructuración y su contenido, haciendo la observación que es muy importante que por parte de los técnicos del centro se hagan cuantas observaciones y/o aportaciones que consideren oportunas para mejorar las prestaciones finales de la herramienta. En este sentido ponen como ejemplo la notable mejoría que ha experimentado el Simulador de Calderas desde su concepto inicial, habiendo aumentado su tamaño, pasando de una caldera inicial de 80 Tm. a la que actualmente se está trabajando, con una capacidad de 800 Tm. A medida que los técnicos de x. hacen la exposición, van surgiendo dudas y comentarios por parte de los expertos del CNFPO. En este sentido, manifiestan que en el desarrollo de los dos módulos, de formación y operación, no se aprecia un gran progreso, a lo que los representantes de x. contestaron que estaban trabajando en ello para llenar de contenidos dichos módulos. En cuanto al simulador de calderas propiamente dicho, los expertos del CNFPO manifiestan carencias básicas tales como el control de paradas de emergencia, y errores como el que ahora presenta el modelo al poder encender la caldera sin haber terminado el barrido inicial de gases con el aire de las soplantes, o que en la parada de la caldera sólo consistió en cortar combustible quedando la llama piloto encendida. También se les comenta a los expertos de x. que para formar al operador sobre el funcionamiento de los lazos de control de la caldera sería necesario poder visualizar en las tendencias las variables de consigna, pérdida de la variable controlada y la acción del controlador; respondiendo que están de acuerdo (...)"

Se llega a afirmar por la contratista que, ante el bloqueo que sufría la completa y definitiva terminación de los trabajos relativos al Simulador de Calderas de Vapor, se contrató al especialista de plantas químicas x., experto externo que venía asesorando al CNFPO, con anterioridad, en la Comisión de seguimiento.

Frente a tal argumentación, los asesores externos del Centro designados en la resolución de adjudicación del contrato (folio 171 del expte. 54/09), x, y., licenciados en Ciencias Químicas, refieren que de forma reiterada se le transmitió a la contratista la necesidad de que dispusiera de un especialista en calderas pirotubulares y un experto en metodología didáctica de formación para el empleo para poder desarrollar el Simulador (folio 56 del expte. 204/2009), y que sólo un mes antes del plazo para su entrega (claramente insuficiente) se contrató a uno de los técnicos que asesoraban al Centro, pues los restantes (los citados arriba) no aceptaron la oferta de trabajo de --, S.L.

Pese a ello, sostiene la contratista que ni el PCAP ni el PPT, así como tampoco la oferta presentada, exigían que la adjudicataria contara con ingenieros químicos especializados en Calderas de Vapor o Columnas de Rectificación, por eso el seguimiento y validación de los trabajos correspondía al personal especializado del SEF.

Sin embargo, de una parte, las cláusulas 15.1.7 y 15.1.3 PPT establecen, respectivamente, que el contratista deberá contratar al personal preciso para atender a sus obligaciones y será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle.

De otra parte, los técnicos que asesoran al CNFPO ponen en entredicho que la empresa se

escude, para eludir su responsabilidad, en que el seguimiento de los trabajos correspondía al personal especializado del SEF, cuando los responsables de generar, crear e innovar el Simulador de Calderas de Vapor Pirotubular son los técnicos de --, S.L. (folio 57 del expte. 204/09), correspondiendo a la dirección del Centro ayudar, colaborar y dar ideas, pero no la realización del trabajo. En tal sentido, pone de manifiesto la propuesta de resolución: "*sin embargo, a lo largo del desarrollo del Simulador de Calderas afloraba por doquier por parte de la empresa adjudicataria, que ante los continuos errores y carencias que detectaban los técnicos del SEF en los materiales que presentaban periódicamente, quienes tenían que resolverlos eran los técnicos del SEF y no los supuestos expertos en calderas que debía tener la empresa*". En este contexto se entiende perfectamente el contenido del correo electrónico remitido en el mes de abril de 2008 (folios 201 y 202 del citado expte.) por los asesores del CNFPO, aportado por la contratista en defensa de sus argumentos de subjetivismo en las apreciaciones de los asesores indicados, que quedan plenamente desvirtuadas por el contenido íntegro del correo, que sólo se transcribe parcialmente en el escrito de alegaciones (folio 112, reverso, del expte. 204/09), a tenor de algunos párrafos omitidos:

"(...) En un sistema de control Scada hay varias pantallas: una pantalla principal condensada y varias pantallas secundarias donde aparecen los circuitos secundarios (circuito de la bomba de alimentación, circuito del quemado-hogar de la caldera, circuito de alimentación al quemador, etc.). Como es natural estas pantallas son también pantallas de trabajo activas. Por ahora no hemos visto estas pantallas.

De los varios contenidos del proyecto hay dos que a mí y a x. nos preocupan, son:

- a) Los contenidos didácticos (texto, imágenes reales y animadas, videos, sonido, etc.) que van a permitir conocer a un alumno la caldera en su totalidad y con detalle, tales como detalles constructivos, aspectos funcionales y operación, etc., igual que si estuviese físicamente trabajando con ella, pudiese acceder a todos sus rincones, desmontarse sus elementos para estudiarlos y naturalmente fue guiado por un operador experimentado, profesional y de calidad.*
- b) La simulación de la operación de la caldera en una pantalla de trabajo igual a la de un sistema de control Scada.*

Del apartado a) todavía no hemos visto nada.

Del apartado b) sólo hemos visto el aspecto y contenidos del diagrama de proceso que será la futura pantalla de trabajo, sin embargo, falta aún lo más importante la simulación en tiempo real (...)".

Por lo tanto, no se pueden mezclar ni confundir, como intenta la contratista en su escrito de alegaciones, las funciones de la Comisión para el control y evaluación de los trabajos, con las obligaciones de la contratista, cuyo alcance se describe anteriormente (cláusula 1 del PPT), siendo la responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, conforme la cláusula 15.1.3 del PCAP.

Por último, tampoco está acreditada la actitud de bloqueo de los asesores del CNFPO alegada por la contratista, muy al contrario, se refuta claramente por las actas de la Comisión de seguimiento e informes emitidos; además, consta en el expediente de adjudicación del contrato que los referidos asesores integraron la comisión técnica designada por la mesa de contratación, resultando adjudicataria la contratista (folios 142 y 143 del expte. 54/09).

2. En relación con las actuaciones de la Administración que incidieron en la demora, según refiere la contratista pero que no las concreta, se desprende también de las actas que el responsable del seguimiento de los trabajos (Director del CNFPO) trasladó reiteradamente a los representantes de --, S.L su preocupación por los plazos de terminación y entrega de los trabajos, incumpléndose por la contratista el calendario de los trabajos a entregar, fijados de común acuerdo en la sesión de 27 de agosto de 2007 (Antecedente Tercero del presente

Dictamen), que establecía como validación definitiva del Simulador de Calderas el 18 de abril de 2008, cuando, según se infiere del acta correspondiente al día anterior (17 de abril de 2008), el avance que se entregó previamente se refería, en una proporción muy pequeña, al Simulador, que es el punto más importante del trabajo (sic), reconociendo el representante de la contratista que su desarrollo llevaba cierto retraso por las dificultades encontradas en la colaboración, que mantenían con la Universidad de Sevilla (folio 403 del expte. 54/09).

Tampoco se acredita por la contratista que la demora sea debida a cambios introducidos por los representantes del CNFPO (que sostiene para la solicitud de prórroga), lo que es negado de forma taxativa por los asesores del Centro, señalando (folio 374 del expte. 54/09):

"queremos dejar constancia en este informe que a lo largo de las reuniones de seguimiento del proyecto simulador de calderas, jamás hemos ni pedido ni sugerido cambios en el proyecto inicial recogido en el pliego de condiciones técnicas.

Por otro lado, el hecho de sugerir que la columna adecuada para simular el proceso de destilación debe ser una topping, no afecta al proyecto de la caldera. Además, en el pliego de condiciones técnicas, apartado 4.1, se sugiere de forma expresa una columna topping de refino de petróleo".

De otra parte, estas últimas explicaciones de los asesores del CNFPO sobre el tipo de Columna de Rectificación (columna topping de refino de petróleo) se dieron a la contratista el 28 de julio de 2008, según consta en el acta correspondiente a dicha sesión, y no en el último mes del plazo estipulado, respondiendo la empresa en la sesión de 11 de septiembre de 2008 que estaban trabajando ya en dicho Simulador (folio 418 del expte. 54/09).

También sostiene la contratista que se incumplió la cláusula 16.1 PCAP, pues en las reuniones de la Comisión para el seguimiento de los trabajos no formó parte el Jefe de Servicio del Área de Ordenación Formativa de la Subdirección General de Gestión de la Formación Ocupacional del Servicio Público de Empleo Estatal, cuando así venía estipulado. Sin embargo, el referido representante, perteneciente a otra Administración distinta a la contratante, fue convocado a las reuniones, excusando su asistencia, según se hace constar en determinadas actas, sin que tampoco figure ninguna objeción a este respecto de los representantes de la contratista asistentes a las mismas.

Igualmente, pese a que la contratista atribuye la imposibilidad de ejecutar el resto de prestaciones a la negativa de seguir manteniendo las reuniones de seguimiento, éstas estaban programadas en función del calendario de las entregas de trabajo, careciendo de sentido su continuación, teniendo en cuenta que se había superado ya el mínimo de reuniones previstos en el PCAP (cláusula 16.1, seguimiento y coordinación de las acciones).

3. En el presente caso, la Administración ha probado un incumplimiento grave de las obligaciones de la contratista, consistente en la falta de entrega del trabajo completo dentro del plazo de ejecución (que se dice improrrogable en la cláusula 11.1 PCAP, aparte del error ya indicado que supuso, en realidad, 6 meses más de tiempo para la empresa adjudicataria), a lo que se suma que la documentación entregada correspondiente al otro Simulador adolece de deficiencias, según los informes emitidos por los asesores del CNFPO, lo que supone un incumplimiento de la cláusula 15.1.3 del PCAP, en la que se establece que el contratista será responsable de la calidad de los trabajos que desarrolle, puesto que el citado Pliego (cláusula 16, controles de calidad) concibe la calidad como un instrumento básico para la validación de un proyecto de esta naturaleza.

De todo lo anterior, se infiere que la contratista no ha actuado con la diligencia debida y, por tanto, que el incumplimiento es imputable a la misma.

4. Por tanto, en el caso de incumplimiento culpable de la contratista, la potestad para decidir entre la resolución del contrato o su continuidad con la imposición de penalidades debe ser

adoptada en atención a la mejor satisfacción de los intereses públicos presentes en el caso, no apreciándose en el presente caso, por las consideraciones expuestas con anterioridad, ni vulneración de los principios de proporcionalidad, de buena fe, e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como postula la contratista.

5. Propuesta la resolución contractual por concurrir la causa alegada de incumplimiento culpable de la contratista, no procede su sustitución por el procedimiento previsto en la cláusula 15.2.3 PCAP y artículo 97 RCAP, en relación con las incidencias surgidas en la ejecución del contrato, como pretende la adjudicataria, en tanto no hizo uso del mismo durante el plazo de ejecución del contrato, en relación con las observaciones que le iban realizando los representantes del CNFPO en las reuniones de la Comisión de seguimiento, ni cuando la dirección del citado Centro le remitió los informes de los asesores en el mes de noviembre por correo electrónico (folio 24 del expte. 204/09), cuya descalificación ahora se pretende por la contratista.

IV. En suma, en el presente caso concurre la causa invocada por la propuesta elevada, consistente en un incumplimiento grave de las obligaciones de la contratista, por la falta de entrega del trabajo completo (no ha sido entregada por la adjudicataria el Simulador de Columnas de Rectificación), dentro del plazo de ejecución convenido (artículos 111, e, y 95.3 TRLCAP), que se establece como improrrogable en la cláusula 11.1 PCAP, y que por el error ya indicado, la contratista dispuso *de facto* 6 meses más del plazo ofertado (12 meses).

A la demora de la contratista se suma que lo entregado adolece de serias deficiencias, que se describen en los informes evacuados por los asesores químicos ya citados y por el experto en metodología didáctica externo al CNFPO (folios 56 a 97 y 33 a 54, respectivamente, del expte. 204/2009); este último recabado por el SEF por la finalidad docente de los Simuladores (destinada a alumnos del área de química básica). Se advierte durante el plazo de ejecución, las dificultades de la contratista para subsanar los defectos señalados por los representantes del CNFPO para la adecuación de los productos a los contenidos y finalidades descritas en el PPT, achacables por aquéllos a la falta de medios especializados de la contratista (especialista en Calderas Piro-tubulares y un experto en metodología didáctica de formación de empleo), pese al intento de esta última de paliarlo en el último momento, ya sin tiempo (un mes antes de su entrega), lo que explicaría, en síntesis, las vicisitudes suscitadas en relación con la ejecución del presente contrato.

En todo caso, se desprende de las actas de las reuniones de la Comisión de seguimiento que el funcionario responsable del CNFPO y sus asesores intentaron colaborar con la contratista en la ejecución del contrato, como se razona con anterioridad, orientado siempre al cumplimiento del PPT, si bien su papel, como es destacado en sus informes, no era de coautores de los trabajos, sino de su control y validación en el seno de la Comisión.

Lo anterior refuerza el carácter culpable del incumplimiento.

QUINTA.- Efectos: incautación de la garantía, liquidación del contrato e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios causados.

1. Para supuestos como el que se dictamina, es decir, resolución contractual imputable al contratista, el artículo 113.4 TRLCAP establece el efecto de incautación de la garantía y la indemnización a favor de la Administración de los daños y perjuicios ocasionados, en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

En tal sentido, la propuesta elevada pospone la determinación de los daños y perjuicios ocasionados a un procedimiento contradictorio (artículo 113 RCAP). Dicha solución es admisible, tal como afirma el Consejo de Estado, entre otros en su Dictamen 822/1993, pues la determinación de la indemnización exigible al contratista se llevará a cabo en expediente contradictorio que, normalmente, será un procedimiento *ad hoc* y posterior al expediente mismo

de resolución con la finalidad de fijar con la mayor exactitud el importe de los daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato. En dicho expediente se deberá otorgar al contratista un trámite de audiencia previo al acto que, en su caso, acuerde la referida obligación indemnizatoria adicional, siguiendo con ello el proceder que se deduce del artículo 113 RCAP, procedimiento que, al no versar ya propiamente sobre la resolución contractual ni la incautación y pérdida de la garantía, no requerirá el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico.

2. Asimismo, a tenor de lo establecido en el artículo 215 TRLCAP la resolución del contrato dará derecho a la contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiera realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración (Dictamen 1382/2008 del Consejo de Estado).

Cabe recordar al respecto que es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005, 165/2005 y 149/2006, entre otros), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato, como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, como se ha indicado, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la contratista.

Es ese procedimiento donde ha de determinarse el valor de la parte entregada, y verificarse por el órgano de contratación si algunos recursos de los trabajos parcialmente entregados pueden ser utilizados por la Administración, al ser reproducción de otros, según denuncian los asesores del CNFPO, y por encontrarse protegidos por las normas de propiedad intelectual o industrial. A título de ejemplo, en el folio 58 expresan los citados asesores químicos, en relación con los recursos multimedia entregados:

"muchos de los contenidos del simulador están realizados con la técnica informática copiar/pegar. Este hecho es el que queremos destacar. En lugar de poner a disposición del proyecto las herramientas necesarias para conseguir unos recursos multimedia nuevos, innovadores y de calidad, x. ha cogido el camino más sencillo, que es buscar en Internet, copiar y pegar (por cierto, ¿qué pasa con el derecho de propiedad?). La intención de citar la página de internet es demostrar que x. se ha limitado, en muchos casos, a copiar y pegar de internet".

También en los folios 59 y 60, indican los asesores del CNFPO:

"Cambios de estado, vaporización y condensación:

(...)

- No son videos originales desarrollados por x.. Son videos copiados del curso para conductores de generadores de vapor, cuyo promotor es x., perteneciente al Centro de Formación de Nuevas Tecnologías (...)

- El citado material fue incluido aproximadamente 3 semanas antes de ser entregado el Simulador. Es obvio la improvisación y la utilización de la técnica de copiar/pegar.

- En la carátula del CD donde se han copiado los citados videos pone: Fondo de Formación-FPE, se reserva todos los derechos de esta y posteriores ediciones. Queda prohibido la reproducción total o parcial de esta obra salvo expreso consentimiento del editor".

En tal sentido, la cláusula 18.1 del PCAP es muy clara respecto a los derechos de propiedad intelectual del SEF.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede resolver el contrato administrativo de referencia, por incumplimiento culpable de la contratista, por concurrir la causa citada en la Consideración Cuarta, IV, con

incautación y pérdida de la garantía definitiva prestada por ésta, dentro del plazo indicado en la Consideración Segunda. Por ello, en estos pronunciamientos, la propuesta de resolución sometida a consulta se informa favorablemente.

SEGUNDA.- Procede ordenar la liquidación de las cantidades que correspondan, en su caso, con los trabajos efectivamente realizados, así como incoar procedimiento contradictorio para la fijación, si procede, de la indemnización a favor de la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada, todo ello con audiencia previa de la contratista, en los términos que se contienen en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

