

CONSEJO DE ESTADO
DICTAMEN 68/2021, de 11 de marzo de 2021

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 11 de marzo de 2021, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de Orden de V. E. de 2 de febrero de 2021, el Consejo de Estado ha examinado el expediente de resolución del Acuerdo marco para la prestación de los servicios necesarios para la difusión del escrutinio provisional de los resultados de los procesos electorales, así como de otros servicios complementarios, celebrado con la UTE ScytI-Vector.

De antecedentes resulta:

Primero: Mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018, se autorizó a la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior para la celebración de un acuerdo marco para la prestación de los servicios necesarios para la difusión de la información provisional de los resultados de los procesos electorales, así como de otros servicios complementarios por un período de cuatro anualidades, por un valor estimado de 35.200.000 euros (42.592.000 IVA incluido). Se justifica el Acuerdo en la previsión de que, durante 2019, tendría lugar la celebración de elecciones locales, autonómicas y al Parlamento Europeo, finalizando, además, la XII Legislatura en 2020. En cada proceso electoral sería necesario contratar la realización de los servicios necesarios para llevar a cabo la obtención del escrutinio provisional de resultados y su difusión, pudiendo así el Gobierno proporcionar la información prevista en el artículo 98.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, desarrollando otras actividades, como el apoyo informático a las Juntas Electorales, la implantación de los puntos de consulta periféricos, la integración de los resultados definitivos en la base de datos de los resultados electorales del Ministerio del Interior y otros servicios, así como los sistemas de comunicaciones necesarios para la realización de todas las actuaciones que se indican en el pliego de prescripciones técnicas.

Detalla el Acuerdo que el Ministerio del Interior no dispone de medios materiales ni personales adecuados para la prestación del conjunto de servicios descritos, no estimándose conveniente la ampliación de los mismos, al tratarse de servicios de carácter no permanente. Se acude para ello a la figura del acuerdo marco contemplado en los artículos 219 a 222 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, previsto como uno de los sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones públicas, en este caso, para un período de cuatro años. La tramitación del expediente autorizado se llevaría

a cabo mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, de acuerdo con los artículos 116 a 159 de la Ley de Contratos del Sector Público. Del acuerdo marco no derivarían obligaciones económicas para el Ministerio del Interior, puesto que dichas obligaciones económicas serán exclusivamente las que resulten de los contratos que, a consecuencia de la selección de empresas, se celebren en su momento con arreglo a las prescripciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La Resolución de 16 de julio de 2018 de la Directora General de Política Interior, aprobó el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) y el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) en el que se contiene el cuadro de características. Segundo: Concluido el oportuno expediente de contratación (seguido mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria), resultaron designados adjudicatarios de dicho acuerdo marco, por Resolución de la Directora General de Política Interior de 11 de noviembre de 2018, la mercantil Indra Soluciones Tecnológicas de la Información, S. L. U. (en adelante Indra) y la UTE Scytl Secure Electronic Voting, S. A.-Vector Software Factoring, S. L. (en adelante la UTE). Solo concurren dichas dos empresas al procedimiento de adjudicación, obteniendo Indra 29,8 puntos y la UTE 23,9 puntos en la valoración técnica (que suponía el 30 % del total de ponderación, correspondiendo el 70 % restante a la oferta económica, que fue en ambos casos de 32 millones de euros).

El 21 de diciembre de 2018 se formalizó el contrato con Indra, y el 27 de diciembre de 2018 el correspondiente a la UTE.

En ejecución del referido negocio jurídico, se convocó a ambos adjudicatarios para que presentasen ofertas económicas para el contrato basado en dicho acuerdo marco para la prestación de los servicios necesarios para poder llevar a cabo la obtención del escrutinio provisional de los resultados electorales y su difusión con motivo de las elecciones locales y al Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2019 (expediente ELPE/14/2019). En dicha invitación, además de señalar que ni el desglose de los precios ni los precios unitarios ofertados podría ser superior al ofertado durante la licitación del acuerdo marco (considerándose esencial y motivo de exclusión), se advierte de la no utilización de las MAE (mesas administradas electrónicamente) a los efectos que luego se dirán.

El contrato basado fue adjudicado a la UTE "por ser la oferta más ventajosa para el interés público" (por importe de 7.245.660,46 euros, IVA excluido), formalizándose el 31 de enero de 2019. La oferta de Indra fue de 8.999.492 euros. Sobre las incidencias de su desenvolvimiento se volverá más adelante.

Como consecuencia del anuncio de elecciones generales anticipadas, el 15 de febrero de 2019 se dirigió una nueva invitación a los dos adjudicatarios del acuerdo marco. En dicha invitación, e igual que se hizo en la anterior, además de indicar que ni el desglose de los precios ni los precios unitarios ofertados podría ser superior al ofertado durante la licitación del acuerdo marco (considerándose requisito esencial y motivo de

exclusión), también se advierte de la no utilización de las MAE (mesas administradas electrónicamente) a los efectos que luego se dirán.

En este segundo contrato basado (para las elecciones a Cortes Generales de 28 de abril de 2019, expediente ECG/14/2019), la oferta de la UTE fue excluida por considerar incumplida la condición especial de ejecución del artículo 17.1 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco, al superar su oferta económica las cuantías y precios de algunas partidas respecto a las que ofertó para el mismo. Mediante Resolución de la Dirección General de Política Interior de 4 de marzo de 2019, el contrato fue adjudicado a Indra por importe de 6.149.000 euros, IVA excluido.

Hubo un tercer proceso electoral en 2019 (las elecciones a Cortes Generales de 10 de noviembre de 2019, convocadas a consecuencia de una investidura fallida en aplicación del artículo 99.5 de la Constitución), el cual se realizó al margen del acuerdo marco mediante tramitación de emergencia, en aplicación de la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Tercero: Respecto al acuerdo marco adjudicado a la UTE ScytI-Vector, constan en el expediente las siguientes incidencias en su ejecución (que se desprenden del acuerdo de incoación del procedimiento de resolución de dicho acuerdo marco al que se hará referencia más adelante):

1) Elecciones a Cortes Generales de 28 de abril de 2019 (expediente ECG/14/2019)

Se estima un incumplimiento de la UTE en relación con la oferta económica presentada, por superar las cuantías o precios para algunas partidas recogidas en la misma, con respecto a las cuantías o precios que para estas mismas partidas se ofertaron al licitar el acuerdo marco, debiendo ajustarse al mismo en todo caso. En el cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco se recoge expresamente la prohibición de aplicar precios superiores en las licitaciones de los contratos basados. Lo recoge así el indicado cuadro de características (apartado 14.5):

"La Dirección General de Política Interior invitará a participar en el procedimiento a todos los adjudicatarios del Acuerdo marco, solicitando la presentación de una nueva oferta económica, teniendo en cuenta que no podrán recoger precios superiores y condiciones o prestaciones distintas a los de la propia adjudicación del Acuerdo marco, salvo las actualizaciones que deriven de la aplicación de la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y sin perjuicio de las mejoras que alguno de los adjudicatarios en concreto hubiera ofertado en su proposición económica".

Se reitera lo anterior en el apartado 17.1 (párrafo primero) del mismo cuadro de características, como condiciones especiales de ejecución:

"Los adjudicatarios del Acuerdo marco en las posteriores licitaciones que realicen para la adjudicación de los contratos basados en el mismo, no podrán aplicar precios superiores y condiciones o prestaciones distintas a los de la propia adjudicación del Acuerdo marco salvo las modificaciones y actualizaciones que deriven de la aplicación de la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sin perjuicio de las mejoras que alguno de los adjudicatarios en concreto hubiera ofertado en su proposición económica.

Asimismo, se encuentran entre las condiciones especiales de ejecución del Acuerdo marco, las enumeradas en el apartado 7.4 del Cuadro de Características, así como la obligatoriedad de presentación de oferta recogida en el apartado 15.1.

El incumplimiento de las obligaciones recogidas en este epígrafe, que se consideran esenciales, podrá determinar la resolución del Acuerdo marco conforme a lo previsto en el artículo 211, apartado f) de la LCSP, y la correspondiente exclusión como empresa adjudicataria seleccionada en el presente Acuerdo marco. Podrá solicitarse la indemnización de los daños y perjuicios en base al artículo 213.3 de la LCSP, así como la prohibición de contratar para la empresa afectada en los términos recogidos en el artículo 71.2.c) de la LCSP".

Y dentro del pliego de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco se establece, en la cláusula 22.1, párrafo tercero, lo siguiente:

"Los adjudicatarios no podrán aplicar precios superiores y condiciones o prestaciones distintas a los de la propia adjudicación del Acuerdo marco, salvo las actualizaciones que se deriven de la aplicación de la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sin perjuicio de las mejoras que alguno de los adjudicatarios en concreto hubiera ofertado en su proposición económica.

El incumplimiento de la obligación establecida en el párrafo anterior, que se considera esencial, podrá determinar la resolución del Acuerdo marco conforme a lo previsto en el artículo 211, apartado f) y la correspondiente exclusión como empresa adjudicataria seleccionada en el presente Acuerdo marco".

El extremo de que no podrían superarse los precios del acuerdo marco fue, además, expresamente reiterado con ocasión de la invitación para la presentación de oferta económica para el contrato.

La oferta de la UTE superaba las cuantías ofertadas en el acuerdo marco en las siguientes partidas o conceptos: dirección del proyecto (exceso de 500.000 euros); gastos de personal (exceso de 500.000 euros); sistemas de recogida y transmisión de la información, a efectos de la aplicación del apartado 1.3.3 del PPT.1 procedimiento telefónico, fax o PC (exceso de 200.000 euros); tratamiento de la información a efectos de la aplicación, en su caso, del apartado 1.3.3 del PPT (exceso de 200.000 euros); difusión de la información a efectos de la aplicación, en su caso, del apartado 1.3.3 del PPT (exceso de 200.000 euros); servidores

(exceso de 200.000 euros); y otros servicios complementarios (exceso de 200.000 euros). El total de los excesos suma 2.000.000 de euros.

2) Elecciones locales y al Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2019 (expediente ELPE/14/2019).

En relación con este contrato basado, los incumplimientos que se recogen en el expediente de resolución son los siguientes:

a) Fallo del satélite para la prestación de los servicios asociados al sistema de rueda de prensa (apartado 1.4.1.A.1 PPT).

La UTE debía proporcionar a los medios de comunicación audiovisual una serie de servicios orientados al apoyo, cobertura y difusión de las ruedas de prensa ofrecidas por los portavoces del Gobierno durante el fin de semana electoral. Entre estos servicios, la UTE debía proporcionar dos vías de salida a satélite y capacidad para distribuir desde la unidad en SD-SDI/HD-SDI.

De acuerdo con esta prestación prevista en el PPT, se exigió a la UTE que proporcionara la señal de televisión en Alta Definición (HD), sin embargo, la empresa contrató un satélite en Definición Estándar (SD) incompatible con la señal en HD, incumpliendo su obligación respecto de la capacidad para distribuir desde la unidad en SD-SDI/HD-SDI, puesto que la empresa satélite que contrató la UTE, únicamente tenía capacidad para distribuir en Definición Estándar (SD), y no en HD-SDI. Consta un informe de la Secretaría de Estado de Comunicación dando cuenta de este error, que tuvo un doble impacto negativo: algunos medios no pudieron conectarse, y hubo que remitir un comunicado de corrección con los nuevos datos del satélite a los medios a menos de 48 horas de la jornada electoral.

b) No entrega de las fichas de análisis electoral previstas como herramientas de análisis (apartado 1.4.1.A.4 PPT)

La UTE estaba obligada a entregar una primera versión de las fichas de análisis electoral, como muy tarde quince días antes de la jornada electoral. Asimismo, estaba obligada a entregar las fichas de análisis electoral durante la realización del escrutinio provisional, con la frecuencia que le fueran requeridas, y, una vez finalizado el escrutinio provisional, debía entregar una versión definitiva de las fichas de análisis electoral en formato reutilizable.

Sin embargo, según constató la Dirección General de Política Interior, la UTE no cumplió con esta prestación de entrega de las fichas de análisis electoral en sus distintas modalidades. Respecto de la obligación de entrega de la primera versión de las fichas de análisis electoral (la cual debió ser entregada "como muy tarde quince días antes de la jornada electoral" según el PPT), no atendió a los requisitos de plazo y forma

requeridos, con lo que no puede entenderse debidamente cumplida esta obligación. Durante la realización del escrutinio provisional, la UTE no proporcionó las fichas de análisis electoral ni tampoco entregó al Ministerio de Interior la versión definitiva de las fichas de análisis electoral en formato reutilizable, una vez finalizado el escrutinio provisional.

c) Suministro de información parcial sobre los resultados publicados en la web de resultados provisionales (apartado 1.4.1.A.3 y 1.4.1.B.1.1 punto 6)

Frente a las exigencias de información por parte del Centro de Control, descritas en el PPT (desglose por datos del escrutinio provisional para su difusión, conteniendo información sobre desglose de voto por candidatura, por provincia, comunidad autónoma, circunscripción en su caso, municipio y distrito), la información de los resultados de escrutinio provisional publicada en la web de resultados provisionales suministraba solo información parcial, en lugar de la total con los niveles de agregación exigidos. Adicionalmente, la información correspondiente a los Cabildos publicada en la web de resultados provisionales era incorrecta, al no aplicar el umbral mínimo exigido por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, haciéndose la asignación de electos erróneamente.

d) No realización de las tareas de posicionamiento de las URL asociadas a los resultados en los principales buscadores de internet (apartado 1.4.1.B.1.1 punto 10)

En el apartado 1.4.1.B.1.1 del PPT, en su punto 10, referido a la web de resultados provisionales, se establece la obligación a cargo del adjudicatario de realizar las tareas de posicionamiento de las URL asociadas a los resultados en los principales buscadores de Internet. Sin embargo, las tareas de posicionamiento de las URL asociadas a los resultados no fueron realizadas, de tal forma que las aplicaciones no estuvieron posicionadas en primer lugar en los principales buscadores de Internet.

e) Falta de desarrollo de la aplicación de consulta de los datos de escrutinio provisional descargable de la web (apartado 1.4.1.B.1.2, aplicación de consulta del PPT)

Estando obligada la UTE al desarrollo de esta aplicación de consulta de datos de escrutinio provisional para los usuarios de internet, para su descarga en la noche electoral, no fue realizada esta prestación.

f) Errores en las aplicaciones gratuitas para la consulta de los datos electorales desde dispositivos IOS, Android y Windows (apartado 1.4.1.B.2)

La UTE debía ofrecer una aplicación gratuita para la consulta de los datos electorales desde tales dispositivos, con posibilidad de descarga gratuita desde las APP marketplaces oficiales con una antelación mínima de ocho días, respecto de la jornada electoral. Sin embargo, no llegó a ofrecer una APP propiamente

dicha, sino una "adaptación responsive" de la web, ni su uso resultó sencillo y básico como requería dicho apartado. Además, la UTE subió la aplicación a Google Market anticipadamente, sin respetar el plazo convenido para ello. La aplicación contenía numerosos errores en cuanto a los datos del resultado de escrutinio provisional, y aparecían candidaturas con colores identificativos que no eran los acordados, a pesar de las indicaciones realizadas expresamente a la UTE sobre los colores identificativos, en el sentido de que debían coincidir con los empleados por las formaciones políticas en sus respectivos símbolos.

g) Insuficiente antelación para la habilitación de un sitio de pruebas con un contenido idéntico al definitivo para que los medios puedan preparar sus programas para el tratamiento de la información (apartado 1.4.1.B) 3 PPT)

La UTE debía habilitar dicho sitio de pruebas con antelación, pero -sin embargo- únicamente tres días antes de las elecciones se pudo disponer del mismo, resultando, además, que las irregularidades de su contenido determinaron que los medios no pudieron preparar debidamente sus programas para el tratamiento de la información.

En resumen, todos los incumplimientos anteriores se consideran como una ausencia total de la realización de la prestación requerida, considerando la actuación de la UTE como negligente.

Consta en el expediente que, el 21 de mayo de 2020, el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona declaró a Scytl Secure Electronic Voting, S. A. en concurso de acreedores voluntario.

Cuarto: Mediante Acuerdo de la Directora General de Política Interior de 20 de julio de 2020 (notificado a la empresa el día 23), se resolvió incoar el procedimiento de resolución del contrato de referencia, dando traslado a la contratista de los múltiples incumplimientos más atrás referidos.

Se precisa en el documento, en primer lugar, que las deficiencias que tienen que ver con la presentación de la oferta a las elecciones generales de 28 de abril de 2019, suponen un incumplimiento de las obligaciones previstas en el epígrafe 17 del cuadro de características del acuerdo marco, que tienen la consideración de esenciales, pudiendo determinar dicho incumplimiento la resolución del acuerdo marco conforme al artículo 211, apartado f), de la Ley de Contratos del Sector Público. Se une a lo anterior el reciente conocimiento de que una de las dos empresas que concurrían en UTE ha sido declarada en concurso de acreedores, lo que también justificaría el inicio de un expediente de resolución contractual (optándose, en todo caso, por hacerlo por la causa más antigua en el tiempo, que es el incumplimiento de las obligaciones).

Se expone luego que la oferta de la UTE superó los importes unitarios, pese a ajustarse al importe máximo del acuerdo marco. Ello fue así porque se optó por no incluir el uso de MAE cuyo importe ascendía a 2.000.000 de euros, de acuerdo con la oferta presentada por la UTE para el acuerdo marco y con los precios

máximos fijados en los pliegos del mismo. Al no estar previsto el uso de este elemento para este contrato basado, a la hora de presentar su oferta la UTE debería haber tenido en cuenta esta reducción del coste total, ya que el desglose de los precios no puede ser superior en el contrato basado que en el acuerdo marco.

Sin embargo, aunque no serían empleadas las MAE (lo que hubiera debido suponer que la oferta debería reducirse de diez millones de euros a ocho millones de euros, al descontar los dos millones de tales mesas administradas electrónicamente), la oferta de la UTE para el contrato basado de las elecciones generales siguió siendo de diez millones de euros (repartiendo los dos millones en aumentar los costes de otras partidas). La no presentación de oferta, o la presentación de una oferta que no se ajusta a los requerimientos exigidos, implica el incumplimiento de una obligación esencial del contrato y, por ello, de conformidad con el artículo 211, puede considerarse causa de resolución.

En segundo lugar, los incumplimientos referidos a la ejecución del contrato basado para las elecciones locales y al Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2019 (más atrás descritos) han sido contrastados tanto desde el Ministerio del Interior como desde las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, así como desde la Secretaría de Estado de Comunicación y el Centro Criptológico Nacional. Se dice en este punto que "los informes recabados de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno no dejan lugar a duda del nivel de insatisfacción general". Consta un documento denominado "Informes valorativos de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno referente a la empresa adjudicataria del escrutinio (Scytl-Vector) Elecciones al Parlamento Europeo y Locales, 26 de mayo de 2019" donde, a lo largo de 86 páginas, se recogen valoraciones como las siguientes (solo se incluyen alfabéticamente las provincias que se inician con la letra "A"): "Simplificando, todo fue un desastre. No funcionó casi nada correctamente en tiempo" (Álava); "Los simulacros de escrutinio provisional resultaron un verdadero caos" (Albacete); "La aplicación del escrutinio provisional en los PCPS era incompleta, muy deficiente, escasamente desarrollada, tediosa, generalista" (Alicante); "Desorganización por parte de la empresa" (Almería); "La formación realizada por Scytl-Vector fue muy deficiente" (Asturias); "Hay que lamentar la gran cantidad de incidencias y deficiencias que se ha producido" (Ávila)...

Una vez analizados los diferentes incumplimientos y las deficiencias que se han producido, se considera que un buen número de ellos, de acuerdo con las previsiones de los pliegos de cláusulas administrativas, tiene la consideración de muy graves o graves, y ha de llevar aparejada la imposición de las correspondientes penalidades o la resolución del contrato. A lo anterior se une el hecho de que algunos de esos incumplimientos afectan a condiciones esenciales de ejecución expresamente definidas en los pliegos, por lo que implican, tal y como se señaló más atrás, la posible resolución del acuerdo marco con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Se completa el acuerdo de inicio del expediente de resolución con un extenso anexo denominado "Principales cuestiones a destacar en la ejecución del proyecto EM2019", que recorre cronológicamente todos los hitos temporales desde la adjudicación del contrato, pasando por las reuniones de prelanzamiento (4 de febrero) y lanzamiento (11 de febrero); reuniones de seguimiento; incidencias producidas durante el desarrollo del proyecto (gestión de candidaturas, formación a representantes de la Administración, simulacro del día 11 de mayo, web de resultados y aplicaciones móviles, agregación de las candidaturas, fichas electorales, días previos a las elecciones), hasta la jornada electoral.

En el punto de la jornada electoral, el documento detalla toda una serie de anomalías, retrasos y errores que incidieron negativamente en su desenvolvimiento: no se cargaron los datos de todas las mesas la noche electoral; hubo retrasos en la disponibilidad de la web (que en lugar funcionar a las 20:00 para difundir los resultados, demoró su actividad hasta las 20:40), información incorrecta, retraso en la información sobre Diputaciones (hasta días después) y falta de elaboración de una aplicación de consulta y fichas electorales. También por lo que se refiere a los servicios y productos postelectorales se produjeron problemas en el funcionamiento de apoyo a las Juntas Electorales para el escrutinio, e incorrecto funcionamiento de la aplicación en Barcelona, Madrid y Málaga.

Asimismo, figura un documento denominado "Iniciativas parlamentarias" en el que se contienen cinco preguntas al Gobierno, formuladas por diferentes partidos políticos con representación parlamentaria, relativas al proceso electoral y los errores imputables a la empresa encargada del mismo.

Se da cuenta en el expediente de que, el 28 de julio de 2020, la UTE presentó la tercera -y última- factura del contrato (por importe de 1.919.501,53 euros, con impuestos repercutidos), lo que presupone que dicho negocio jurídico se habría ejecutado por completo, y se dan por cumplidas todas las prestaciones vinculadas al mismo. Consta el rechazo en el pago de esta factura, en fecha 7 de agosto de 2020, con el siguiente concepto: "Se han detectado errores en los datos que la UTE ha facilitado para su publicación en INFOELECTORAL y para la gestión de subvenciones por gastos electorales, habiéndose verificado que la UTE no ha recogido las correcciones establecidas por el Tribunal de Cuentas, no pudiéndose dar por completada la ejecución del contrato".

Se contienen también una serie de correos electrónicos (fechados a partir del 29 de julio de 2019) agrupados bajo el título "Últimos errores en los resultados de Locales 2019", donde se indica, por servicios de la Dirección General, que al comunicar las subvenciones que los partidos tienen derecho a percibir por las elecciones locales de 2019 "estamos recibiendo quejas de las formaciones porque lo que estamos comunicando no se corresponde con los datos cargados en infoelectoral".

Quinto: Practicada la audiencia a la contratista, constan sus alegaciones, en fecha 4 de agosto de 2020, oponiéndose a la resolución, manifestando la inexistencia de los hechos referidos en el expediente iniciado por la Administración.

Alega la contratista que algunas de las circunstancias que se alegan "son en realidad la consecuencia de un cambio organizativo operado por decisión de la administración, que tras establecer condiciones técnicas en el pliego del Acuerdo marco, varió las mismas a la hora de adjudicar los contratos basados".

Respecto al contrato basado para las elecciones generales del 28 de abril, señalan que "el precio viene definido como una cantidad a tanto alzado, total y completa por la totalidad de las prestaciones del servicio que se contrata". La cláusula 17.1 se entiende, por tanto, como un tanto alzado, habiéndolo cumplido la UTE por ofertar diez millones de euros, precio máximo ofrecido. La supresión de las MAE obedece "una decisión de la Administración tomada después del Acuerdo marco", obedeciendo la modificación de importes unitarios a la reorganización de servicios. Estima que la exigencia de que los precios máximos sean por partida y unidad es un error al que quiere llevar la Administración, no siendo esta condición esencial del Acuerdo marco de las recogidas en el apartado 17 del cuadro de características técnicas.

Señala luego, que existe una falta de motivación del acuerdo de inicio del expediente de resolución, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa e incurriendo en indefensión, lo que debe provocar su "nulidad de pleno derecho". Se insiste en que se parte de la intención de resolver el contrato para lo que se han ido buscando argumentos para soportarla.

Continúa invocando falta de tipicidad e imposibilidad de encuadre de las obligaciones que se dicen incumplidas en la categoría de esenciales, excluyéndose la facultad resolutoria de la Administración. No existen, dice, incumplimientos por parte de la UTE, incumpléndose la carga de la prueba por la Administración, puesto que no ha habido deficiencias o incumplimientos en la ejecución. Se recuerda también la situación concursal en que se halla ScytI, manifestando que ello no puede ser causa de resolución del contrato.

Acompaña al escrito un denominado "Informe respuesta expediente resolución". Se recorren, a lo largo de su contenido, los diversos hitos de la celebración de las elecciones locales y al Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2019, en similar cronología con los descritos en el acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato por la Dirección General de Política Interior.

Refiriendo los episodios descritos en el documento de la Administración (algunos, no todos, como se indicará más adelante) y rechazando que haya existido incumplimiento, se realiza una valoración particular de los mismos, se refieren incidencias en la mayor parte de ellos y se acompañan luego lo que se denominan

"propuestas de mejora", que se estiman de futuro. El detalle de contestaciones a las observaciones es el siguiente:

En primer lugar, en cuanto al fallo del satélite para la prestación de los servicios asociados al sistema de rueda de prensa (apartado 1.4.1.A.1 PPT) alega la empresa que el servicio proporcionado "se ofreció en Alta Definición (HD) en todo momento" según las condiciones fijadas y sin error alguno, sin que hubiera cambio alguno derivado de solicitud alguna a la empresa de satélite (cuyo presupuesto de 8 de mayo de 2019 se adjunta, en el que se recoge que el servicio contratado era de HD). La petición de cambio por parte de la Secretaría de Estado de Comunicación, de 22 de mayo de 2019, fue la que propició la necesidad de una señal independiente para el lenguaje de signos, requisito que no estaba en los pliegos originarios ni en la oferta de la UTE. Fue para acomodar esta petición que se buscó una solución por parte de la UTE, recolocando las señales del satélite y modificando las condiciones de descarga, lo que se comunicó el 24 de mayo de 2019. En definitiva, el cambio no se origina por un fallo de contratación de servicio de la UTE (SD/HD), sino por una petición de la indicada Secretaría de Estado, disponiéndose, en todo momento, del material gráfico a tiempo para las ruedas de prensa, aunque reconoce que "hubo cambios de última hora", algunos de los cuales, debidos a la propia Administración, pese a lo cual la información mostrada en el directo fue la correcta.

Respecto a las fichas electorales (apartado 1.4.1.A.4 PPT), alega que montó un equipo dedicado al análisis y diseño de las fichas electorales, que estuvo trabajando durante la noche electoral en la extracción de los datos, a la espera de que fueran solicitados por la Dirección General de Política Interior para su generación y entrega por la UTE.

Sobre la aplicación de consulta (apartado 1.4.1.B.1.2), señala que "esta aplicación fue desarrollada durante la ejecución del proyecto bajo las mismas premisas sobre las que se construyeron las aplicaciones de difusión", sin que se recibiera instrucción alguna por parte de la Dirección General para la publicación de sus resultados, enviándose junto con toda la documentación en la entrega final de todas las aplicaciones, que se hizo el 8 de mayo de 2020, y luego "validada por la Oficina de Calidad y la SGSICS el 16 de 2020".

En cuanto a los informes para medios de comunicación (apartado 1.4.1.B.3 PPT), indica que durante el primer simulacro realizado con los medios se propuso por alguno de ellos la mejora del formato del fichero que proveía la información de las agregaciones de las candidaturas de las elecciones locales, analizándose la petición y realizándose los cambios, haciéndose, luego, un segundo simulacro específico para validar los cambios realizados.

Sexto: La propuesta de resolución, sin fecha, destaca que, además de haberse producido un incumplimiento de la UTE al presentar la oferta en el contrato basado para las elecciones generales de 28 de abril de 2019, existe un incumplimiento en la ejecución del contrato basado para las elecciones locales y al Parlamento

Europeo de 26 de mayo de 2019, respecto de las cuales "los informes elaborados por estos centros directivos no dejan lugar a duda del nivel de insatisfacción general y ponen de manifiesto el carácter continuado de los fallos e incidencias producidos durante la ejecución del contrato, que afectaron no solo a los cometidos de los órganos mencionados, sino al de los diferentes agentes públicos que intervinieron en el proceso electoral, como las Juntas Electorales o los representantes de la Administración".

A continuación, se rechazan detalladamente las alegaciones de la contratista en los sucesivos hitos del proceso electoral, reiterando la concurrencia de todos los incumplimientos que fueron puestos en su conocimiento.

En primer lugar, y respecto a la alegación de la pretendida inexistencia de los hechos referidos en el expediente, manifiesta la propuesta que tales hechos están avalados por la propia experiencia directa de las distintas Administraciones intervinientes: Administración General del Estado, a través del Ministerio del Interior, Administración periférica del Estado y Administración electoral (habiendo llegado las quejas de varias Juntas Electorales a la Junta Electoral Central). Se añade que "basta una búsqueda en internet de las noticias en los medios de comunicación y redes sociales que recogieron los problemas en los simulacros y los graves errores en la web de los resultados los días posteriores al proceso".

Consta entre la documentación un anexo de recortes de prensa impresa y digital, en el que se recogen informaciones agrupadas en tres apartados: antecedentes, fallos previos al 26M y fallos durante el 26M. Entre otros titulares figuran algunos como los siguientes: "El simulacro fue un desastre; mucho tienen que enmendar antes de las elecciones" (El Independiente, 14 de mayo de 2019). "La empresa del escrutinio del 26M convoca de urgencia otro ensayo tras el desastre del simulacro" y "Persisten los problemas técnicos para el envío de datos a 12 días de las elecciones" (El Independiente, 14 y 15 de mayo de 2019). "Interior admite errores en los resultados electorales provisionales que ofrece su web: se han denunciado fallos en la transmisión de los datos que hacen bailar concejales" (El País, 29 de mayo de 2019). "Alerta en el Ministerio del Interior ante los múltiples fallos de la empresa que hizo el recuento electoral el 26M" (Diario 16, 29 de mayo de 2019). "La web de Interior tiene municipios con más votos que votantes, reparto erróneo de ediles y candidaturas desaparecidas" (Infolibre.es). "Los errores que provocaron el desbarajuste del recuento" (El País, 2 de junio de 2019). "Las rectificaciones en el recuento de votos cambian el tablero en una docena de municipios de Andalucía" (El Diario.es Andalucía, 10 de junio de 2019).

A continuación, la propuesta rechaza las consideraciones generales formuladas por la contratista, recordando que el sentido del acuerdo marco era no solo la adecuada y eficaz gestión del servicio de captura de datos de mesas electorales, tratamiento y difusión, sino una serie de servicios complementarios indispensables para ello (desarrollo de web informativa, apoyo informático a las Juntas Electorales y otros servicios relacionados con los resultados definitivos).

Por otra parte, el mecanismo del acuerdo marco (que critica la contratista) permitía tener adjudicatario del contrato ante una convocatoria electoral anticipada e imprevista, como se demostró con el caso de las elecciones de 28 de abril de 2019, tras el adelanto electoral anunciado por el presidente del Gobierno en el mes de febrero, pudiendo tenerse un adjudicatario en tiempo y forma para ejecutar el contrato con las debidas garantías. No apreciar tales extremos supone un profundo desconocimiento en materia de contratación pública por parte de la UTE, además de haberse manifestado un "absoluto desconocimiento de la materia electoral" que la ha llevado a cometer una serie de errores de enorme gravedad para el desarrollo electoral, lo cual entiende que se ha producido porque ScytI (que tiene la mayor experiencia electoral) estuvo "en todo momento infrarrepresentada en las reuniones de trabajo en la ejecución del proyecto", liderando la ejecución la empresa Vector "sin experiencia alguna en el ámbito electoral", lo que llevó en múltiples ocasiones al Ministerio del Interior a solicitar la presencia de ScytI, experto en materia electoral.

Rechaza la Administración, luego, que se hayan variado las condiciones técnicas establecidas en los pliegos, recordando que carece de fundamento jurídico alguno tal afirmación, poniendo de manifiesto un desconocimiento del funcionamiento de la Administración y de sus potestades de interpretar los contratos y supervisar la ejecución del contrato.

Respecto al contrato basado para las elecciones generales de 28 de abril de 2019, rechaza las críticas de la contratista referidas a que la actuación de la Administración carece de fundamento jurídico, y reitera - entre otros extremos conexos- la condición de que no podrían ser ni los precios unitarios ni el desglose de precios superiores al ofertado durante la licitación del acuerdo marco. En cuanto a las MAE, igualmente cabe rechazar sus alegaciones, puesto que, en la invitación a la participación en el contrato basado, se hizo constar expresamente que en dicho proceso electoral no se haría uso de las mismas, razón por la cual debieron ser excluidas de la oferta.

En relación con la falta de motivación del acuerdo de iniciación, se recuerda que está suficientemente fundado en derecho, y consta, con precisión, la serie de circunstancias y extremos que concurrieron a su adopción, concretándose en los siete puntos de incumplimiento contenidos en el mismo, los cuales suponían la vulneración de las condiciones esenciales exigidas para el contrato (las cuales se recuerdan). También se recuerda que el acto de inicio de un procedimiento es un acto de trámite y no es susceptible de ser declarado nulo de pleno derecho, como se pretende por la contratista.

Por lo que se refiere a la enumeración de los incumplimientos y las alegaciones presentadas al respecto por la empresa, se indica previamente que lo que ha aportado la UTE es "una versión 3 del informe de ejecución del contrato", resultando que la versión anterior ya fue entregada a la Administración. Se destaca de antemano que existen una serie de ejemplos de incumplimiento que no figuran en dichos informes de ejecución y que constan en el expediente: graves problemas con los dispositivos móviles repartidos entre los representantes de la Administración y que recibieron SMS indebidos (publicidad comercial o sobre

celebración de un mitin político); dificultades de los medios de comunicación en los simulacros; el "gravísimo problema surgido en la difusión de los resultados provisionales a las 23:00 de la noche electoral cuando hubo que acudir físicamente a la sala de la rueda de prensa con un pendrive en lugar de que los datos se ofrecieran online", de lo que no se hace mención alguna por la contratista; la detección de errores por la Dirección General de Política Interior: de un error en la aplicación de recogida de datos al no realizarse adecuadamente el cálculo sumatorio, que solo se corrigió dos días antes de las elecciones; los problemas registrados en los simulacros (no cargaban las candidaturas presentadas), en algunas Juntas Electorales Provinciales (no funcionaron los códigos de barras al hacer el escrutinio) y durante la formación de representantes (con caída del sistema y una escasa formación y profesionalidad de los formadores); por fin, se refieren también problemas en aplicaciones móviles de seguimiento de resultados con errores importantes.

La propuesta de resolución analiza luego las alegaciones a los diversos incumplimientos más arriba referidos, dividiéndolos en dos grandes grupos: la respuesta a aquellos que objeta previamente la empresa (que son cuatro puntos) y el recordatorio de los otros a los que ni siquiera se ha contestado (que son tres puntos más).

En cuanto a los incumplimientos que rechaza la empresa, por lo que respecta al incumplimiento del satélite y las ruedas de prensa (en este punto la propuesta de resolución, página 44, indica erróneamente que ello se recoge en el "Apartado 1.4.1.A.4 del PPT" cuando debería citar el "Apartado 1.4.1.A1 PPT", lo que debe corregirse en el documento final) se señala que hasta ahora no se ha tenido conocimiento del presupuesto de 8 de mayo de 2019 que la mercantil entiende que justificaría su contratación del servicio en HD, pero que, en todo caso, lo único que justificaría es que se contrató, no que fuera el servicio puesto a disposición de la Administración. No se justifican estos errores (por muy complicado que fuera el contrato) que se deben sin duda a una "falta de pericia en la materia". La cuestión del lenguaje de signos era conocida por la empresa, puesto que el formato de las ruedas de prensa es el mismo hace años y se había informado de la necesidad de dicha traducción desde el comienzo ("habiéndose incluso diseñado el escenario con un espacio reservado a tal efecto"), por lo que su alegación no se ajusta a la realidad, resultando que no podían transmitir en HD con el equipo contratado, algo a lo que estaban obligados (lo que se exige en el apartado 1.4.1.A.2 PPT). Se prueba lo anterior con la referencia a un correo electrónico de 24 de mayo de 2019, remitido por la empresa contratada por la UTE, de donde se extraería la conclusión de que no se cumplían las exigencias del pliego, puesto que evidenciaría que la justificación de la nueva contratación fue la imposibilidad de transmitir en HD, algo a que estaban obligados desde el principio. Finalmente, y en cuanto a la existencia de cambios de colores en diferentes medios de difusión, ello en ningún caso fue debido a un cambio de criterio por la Administración, sino que "de forma arbitraria y reiterada, la UTE optó por asignar el color amarillo a la coalición JuntsXCat, informándosele de manera inmediata del error que había cometido y de la necesidad de sustituir dicho color", pese a lo cual lo reiteró en momentos posteriores y debió reiterarse nuevamente el requerimiento de cambio (llegándose a cargar en diversas aplicaciones mapas de España con el color

amarillo como representativo de la candidatura, error que se mantuvo varios días también en la web hasta que se detectó y corrigió a instancias de la Dirección General de Política Interior).

En segundo lugar, y respecto a las fichas electorales (apartado 1.4.1.A.4 PPT), estaban obligados a entregar durante la realización del escrutinio provisional las fichas con la frecuencia que se le solicitasen, así como a hacer llegar la versión definitiva en formato reutilizable, una vez finalizado el escrutinio provisional. Pues bien, el Ministerio del Interior "nunca recibió ningún ejemplar de las fichas de análisis electoral que debían ser entregadas durante la noche electoral, ni la versión definitiva".

En tercer lugar, por lo que se refiere a la aplicación de consulta, se recuerda el apartado 1.4.1.B 1.2) del PPT, en el que se detalla que dicha aplicación informática es obligación del adjudicatario (con los datos del escrutinio provisional al cierre del proceso) y que "se producirá en la noche electoral y se pondrá a disposición de los usuarios en internet para su descarga en la red", además de suministrar diez copias en papel, que se entregarán a la Dirección General de Política Interior. Se plantea la propuesta de resolución en este punto, que "se desconoce para qué o quizá para quien entiende la UTE que se encarga este servicio en el pliego. En definitiva, no se encuentra explicación a que la UTE, de no haber sabido donde colocar la aplicación, no considerara necesario preguntar qué debía hacer con ella a la vista de la previsión de su difusión masiva si, como ha afirmado en este último documento, fuera cierto que la desarrolló". Al igual que en el caso anterior de las fichas electorales, aquí hay un incumplimiento de una obligación, sin que tampoco exista constancia (como afirma la empresa, sin aportar prueba alguna de ello) de que se entregó luego la aplicación al ministerio y fue validada.

En cuarto lugar (y último respecto a este primer grupo de contestación a las alegaciones de la empresa), por lo que respecta a los informes para medios de comunicación (apartado 1.4.1.B.3 PPT), llama la atención la propuesta sobre el extremo de que las afirmaciones de la contratista no se ajustan a la realidad, puesto que las últimas pruebas se realizaron solo tres días antes de las elecciones, lo que es claramente una "insuficiente antelación" respecto a lo habitual y necesario, por lo que esta prestación no fue cumplida ni en plazo ni en la forma que se exige en los pliegos, previéndose en estos que la segunda prueba debe realizarse entre veinticuatro y diez días antes de la jornada electoral. Además, "las irregularidades del contenido del sitio de pruebas determinaron que los medios no pudieron desarrollar debidamente sus productos informativos", siendo este motivo una razón de queja de varios medios por el deficiente funcionamiento de la aplicación (de los que se acompaña copia al expediente).

Analiza la propuesta de resolución, a continuación, los denominados "incumplimientos en cuyo análisis no se entra en el informe de ejecución aportado por la UTE", reiterando (primero) los más arriba indicados relativos a la web de resultados provisionales (apartado 1.4.1. B1.1 PPT), donde se produjeron múltiples cambios debidos a los continuos errores producidos por grabación extemporánea de los resultados de numerosas

mesas (hecho que incide directamente en el incumplimiento de la obligación de la UTE de difundir los resultados electorales).

Insiste también -junto a lo anterior, y dentro de este mismo punto- en la incorrecta aplicación de los criterios de agregación de los resultados, al incluir solo los votos que se traducían en concejales, decisión unilateral inexplicable de la que se debió dar conocimiento a la Dirección General, por las consecuencias que tuvo sobre los niveles agregados de voto, al no darse información correcta y coherente, siendo un "flagrante incumplimiento de los pliegos" que exigen conocer "tanto los votos que asignan escaños como los que no" (apartado 1.4.1 B1.1 web de resultados provisionales, punto 6, PPT). Los efectos negativos tuvieron eco en la prensa y en redes sociales, puesto que no fueron apreciados con exactitud hasta varios días después, cuando se detectó que no se habían reflejado los votos que no se traducían en concejales, llegando al extremo de que algún partido político denunció que se habían "robado 50.000 votos" (La Vanguardia, 28 de mayo de 2019, en relación con la CUP). Se indica que el desastre de la web fue algo público y notorio que tuvo como última consecuencia los cinco requerimientos realizados por el Congreso de los Diputados para explicar los errores cometidos (documentos que se unen al expediente).

Como segundo incumplimiento (apartado 1.4.1.B1.1, punto 10) no mencionado por la empresa, se hallaría que no recoge argumento alguno que oponer al incumplimiento de las tareas de posicionamiento de las URL vinculadas con los resultados.

El tercer incumplimiento no contestado tiene que ver con las aplicaciones gratuitas para dispositivos móviles (apartado 1.4.1.B.2), donde simplemente se dice por la empresa que no se detectaron incidentes, cuando lo cierto es que (como ya se expresó en el acuerdo de incoación) la UTE no llegó a ofrecer una aplicación propiamente dicha, sino una "adaptación responsive" de la web (una versión adaptada para dispositivos móviles en lugar de aplicación diseñada expresamente con un desarrollo distinto), sin que tuviera un uso sencillo ni básico (como se requería), con fallos que no pudieron corregirse el mismo día de las elecciones (datos de prueba aleatorios y errores en los colores de los partidos, entre otros errores), lo que llevó a que se dejara de usar en favor de la página web.

Como consideraciones finales, se reitera el incumplimiento generalizado de los pliegos y la repercusión negativa de los graves errores sufridos, proponiendo desestimar todas las alegaciones y resolver el contrato de acuerdo marco.

Séptimo: La Abogacía del Estado, en un extenso informe de fecha 23 de diciembre de 2020, informa favorablemente la propuesta de resolución.

En un documento final denominado "Nota sobre la propuesta de acuerdo de resolución del contrato de Acuerdo marco", sin fecha ni firmante, se da cuenta de los sucesivos documentos que componen el

expediente y se indica que "se ha dictado por el órgano de contratación la suspensión del procedimiento a la espera del pronunciamiento del Consejo de Estado".

El expediente tuvo entrada en el Consejo de Estado en fecha 4 de febrero de 2021.

A dichos antecedentes le son de aplicación las siguientes consideraciones:

I/ Se somete a consulta el expediente incoado con ocasión del procedimiento de resolución del Acuerdo marco para la prestación de los servicios necesarios para la difusión del escrutinio provisional de los resultados de los procesos electorales, así como de otros servicios complementarios, adjudicado a la UTE Scytl-Vector por la Dirección General del Política Interior del Ministerio del Interior.

II/ El dictamen del Consejo de Estado es preceptivo, en virtud de lo dispuesto en su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, cuyo artículo 22.11 dispone que su Comisión Permanente debe conocer de la "Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado".

III/ La tramitación del procedimiento de resolución se ampara expresamente en la causa señalada en el artículo 211.1.f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Resulta así en este caso que existe una obligación esencial establecida en el pliego de cláusulas administrativas particulares del propio acuerdo marco. Se recoge en la cláusula 22.1, párrafo tercero, lo siguiente: "Los adjudicatarios no podrán aplicar precios superiores y condiciones o prestaciones distintas a los de la propia adjudicación del Acuerdo marco, salvo las actualizaciones que se deriven de la aplicación de la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sin perjuicio de las mejoras que alguno de los adjudicatarios en concreto hubiera ofertado en su proposición económica.

El incumplimiento de la obligación establecida en el párrafo anterior, que se considera esencial, podrá determinar la resolución del Acuerdo marco conforme a lo previsto en el artículo 211, apartado f) y la correspondiente exclusión como empresa adjudicataria seleccionada en el presente Acuerdo marco".

Sentado lo anterior, ha de examinarse también el incumplimiento de la obligación principal del contrato, que es, en este caso, la prestación de los servicios necesarios para la difusión del escrutinio electoral de los resultados de los procesos electorales, así como otros servicios complementarios a dicha difusión.

Junto con ella habrán de examinarse, como dice el precepto, como otras causas de resolución del contrato, el incumplimiento de aquellas otras exigencias que revistan el carácter de "obligaciones esenciales" que expresamente hayan sido calificadas como tales y reúnan dos requisitos más: que respeten los principios de la libertad de pactos y que se recojan como tales de forma específica y separada ("precisa, clara e inequívoca" dice el precepto) en los documentos contractuales básicos (particularmente los pliegos, como ley del contrato que son) que fueron asumidos por el contratista. Establece así el Consejo de Estado (dictamen número 452/2017, de 13 de julio):

"Habiendo asumido la licitadora reclamante los pliegos como ley del contrato, su observancia resulta inexcusable para aquélla - por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1933, 21 de abril de 1970, 20 de junio de 1972, 31 de marzo de 1975, etc."

IV/ Ha sido otorgada audiencia a la sociedad contratista afectada, la cual presentó las alegaciones que más arriba se indican, oponiéndose a la resolución del negocio jurídico.

No existe avalista en el acuerdo marco, por lo que no ha sido necesario conceder tal audiencia.

Invocado por el contratista que hubiera existido una falta de motivación en el inicio del expediente que conduciría a producirle indefensión (solicitando la nulidad de pleno derecho de tal acuerdo de inicio), no cabe sino rechazar esta pretensión. El acto de incoación del procedimiento de resolución constituye un mero acto de trámite, limitándose en su contenido a iniciar las actuaciones, dando cuenta de los incumplimientos de la UTE y acompañando documentación que acredita tal incumplimiento, siempre en relación con las exigencias de actuación que pesan sobre la mercantil, las cuales recuerda con respecto a las previsiones de los pliegos. El acto de incoación del expediente, en definitiva, prepara y hace posible la decisión, dirigiéndose al mejor acierto de esta, pero sin decidir sobre las cuestiones planteadas en el procedimiento, por lo que no es un acto impugnabile separadamente (salvo en los supuestos del artículo 112.1 de la Ley 39/2015, que no concurren aquí). El procedimiento administrativo no ha finalizado, pudiendo, cuando se dicte el acto final, dirigirse contra él -si lo estima oportuno-, haciendo así efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la Constitución.

V/ Respecto a la eventual concurrencia de causa de caducidad contractual, el procedimiento de resolución contractual en curso se encuentra dentro del plazo expresamente establecido en la ley, señalando el artículo 212.8 de la Ley 9/2017 que dicho plazo será de ocho meses.

En efecto, habida cuenta de que la Administración consultante inició el procedimiento, mediante Acuerdo de la Directora General de Política Interior, de 20 de julio de 2020, se resolvió incoar el procedimiento de resolución del contrato de referencia y otorgar audiencia a la contratista de los incumplimientos y deficiencias detectados, sobre los que luego se volverá en detalle.

El expediente ha tenido entrada en el Consejo de Estado el 4 de febrero de 2021, suspendiéndose el transcurso de tal plazo por el tiempo que medie hasta su dictamen. Dado que -una vez emitido el presente dictamen- resta un corto espacio de tiempo para el transcurso del referido plazo de ocho meses, interesa la máxima agilidad en la resolución y notificación a la empresa del acuerdo definitivo, evitando así las indeseables consecuencias de la caducidad del procedimiento. Si, pese a ello, llegase a proceder la caducidad por transcurso del plazo, esta debe ser declarada expresamente (artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y podrá ordenarse el inicio de un nuevo procedimiento que incorpore "los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad" (artículo 95.3 Ley 39/2015), concediéndose nueva audiencia al interesado. Como tiene declarado el Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta, recurso n.º 8332/2019) la caducidad comporta una causa de terminación de los procedimientos, pero no genera por sí misma dicha terminación, que debe ser objeto de declaración expresa. De conformidad con la misma:

"... en tanto no se haya dictado la resolución expresa declarando la terminación del procedimiento por caducidad, el procedimiento en que se ejerciten potestades de gravamen ha de considerarse vigente, por más que hubiese transcurrido el plazo de caducidad, porque no es el mero transcurso del plazo el que genera la terminación del procedimiento -será su presupuesto- sino la resolución que así lo ordena".

VI/ En cuanto al fondo de la consulta planteada, se pretende la resolución del Acuerdo marco para la prestación de los servicios necesarios para la difusión del escrutinio provisional de los resultados de los procesos electorales, así como de otros servicios complementarios, adjudicado a la UTE ScytI-Vector.

La particular naturaleza del negocio jurídico cuya resolución se pretende recomienda la aproximación separada a diversas cuestiones que se plantean en el expediente, antes de abordar con detalle la cuestión central objeto del dictamen.

1) La naturaleza del acuerdo marco en el seno de la contratación administrativa

La Ley 9/2017, fundada en las Directivas comunitarias que transpone, recoge medidas de racionalización técnica de la contratación, estructuradas en dos elementos: los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de contratación. Al decir de su exposición de motivos (IV) y en cuanto a las novedades de la ley, destaca:

"Toda esta materia, la racionalización técnica de la contratación, se regula en un capítulo específico dentro del Título I del Libro Segundo, diferente a las normas referidas a la preparación y a la adjudicación de los contratos, por cuanto aquella tiene sustantividad propia, y aunque muchos de los artículos que la regulan entrarían dentro de esa preparación y adjudicación de los contratos, también hay otros que regulan aspectos referidos a los efectos y extinción".

El Consejo de Estado en su dictamen número 514/2006, de 25 de mayo, sobre el entonces anteproyecto de ley de contratos del sector público, ya señaló que la entonces futura norma legal "parte de algunas escuetas normas sobre la celebración del propio acuerdo marco". Por su parte, el dictamen número 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, también sobre el correspondiente anteproyecto de ley de contratos del sector público, señaló del mismo modo:

"... se echa en falta en la regulación en tramitación un mayor desarrollo de los aspectos relativos al devenir de las figuras de racionalización técnica de la contratación, una vez formalizados, particularmente, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de contratación".

Aunque en la Ley 9/2017 no se contiene una definición de lo que sea un acuerdo marco, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, sí lo recoge en su artículo 33.1, entendiendo por tal "un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas".

Como queda dicho, especial relevancia tiene el hecho de que la concertación de un acuerdo marco afecta a los negocios jurídicos posteriores que lo desarrollan, hasta el punto de que condiciona legalmente su perfección, su recurso o su presupuestación.

En efecto, si de conformidad con el artículo 36.1 de la Ley 9/2017 los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, los contratos basados en un acuerdo marco (al igual que los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición) se perfeccionan con su simple adjudicación (artículo 36.3), no siendo necesaria la formalización (artículo 153.1). En la misma medida, la interposición del recurso especial en materia de contratación produce como efecto (artículo 53 de la Ley 9/2017) dejar en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Y desde el punto de vista de la obligada existencia de un presupuesto base de licitación con carácter general (artículo 100 de la Ley 9/2017), con carácter previo a la tramitación de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición no será necesario que se apruebe un presupuesto de licitación.

Dentro, por tanto, del título I ("Disposiciones Generales") del libro segundo ("De los contratos de las Administraciones Públicas") se encuentra el capítulo II intitulado "Racionalización técnica de la contratación", y cuya sección 2.^a ("Acuerdos marco") la integran los artículos 219 a 222.

Todos estos sistemas de optimización de la contratación de las Administraciones públicas, necesariamente flexibles, tienen por objeto (artículo 218) "racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos". Como también señalara el antes indicado dictamen número 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016:

"Los sistemas para la racionalización técnica son figuras en materia de adjudicación que responden a las exigencias de simplificación en la contratación procedentes del Derecho europeo".

Y como se indica más adelante en el referido dictamen:

"... el acuerdo marco es una figura que persigue la racionalización técnica de la contratación en cuanto pretende hacer posible la celebración y adjudicación de contratos públicos en las condiciones fijadas por un acuerdo anterior dirigido a ello (sobre todo, en lo relativo a los precios)".

La celebración de los acuerdos marco tiene como fin fijar las condiciones a que habrán de ajustarse una o varias empresas con las que se suscriba a la hora de contratar determinadas prestaciones durante un periodo determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. Suponen una muestra de eficiencia en la contratación administrativa al introducir economías de escala, propiciar el ahorro de tiempo y recursos del órgano de contratación, disminuir los costes de preparación de ofertas y seguir procedimientos de contratación sucesivos en la misma materia, garantizando la flexibilidad para el poder adjudicador a la hora de contratar, y reduciendo su incertidumbre en cuanto a los precios a aplicar.

Pero, simultáneamente, también deben ser objeto de un empleo muy estricto en la medida en que (como ha indicado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -INF/DP/ 0018/2014-) se produce un cierre efectivo del mercado durante el período de duración del mismo, pues no existe la posibilidad de incorporación inmediata de otros operadores no participantes. Este complejo equilibrio entre eficiencia y restricción no deja de ser un extremo que requiere un análisis muy exhaustivo del cumplimiento de las exigencias de sus pliegos para con quienes son sus adjudicatarios, especialmente cuando solo existen dos (como es el caso que ahora ocupa). La exposición de motivos de la Ley 9/2017 lo recuerda cuando recoge que "Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio".

Quede destacada, pues, como nota previa relevante para el supuesto aquí examinado, la obligada llamada de atención sobre el necesario rigor en el cumplimiento de un acuerdo marco y sus contratos basados, en la medida en que -entre otros extremos- conlleva de partida una menor publicidad que si se hubieran adjudicado a través de un procedimiento abierto.

Interesa a los efectos que luego se dirán, señalar de nuevo una afirmación contenida en el reiterado dictamen número 1.116/2015, que ahora tendrá ocasión de confirmarse en el caso que aquí se examinará:

"La experiencia del Consejo de Estado en asuntos relacionados con la interpretación o resolución de acuerdos marco celebrados por la Administración pone de manifiesto que la aplicación a ellos del régimen de efectos, extinción y cumplimiento de los contratos administrativos no siempre ofrece respuesta a las dudas surgidas, básicamente por la convivencia de tales acuerdos y los contratos basados en ellos".

2) El sentido de un acuerdo marco en el ámbito de los procesos electorales

De acuerdo con la regulación indicada, los acuerdos marco pueden ser concluidos por los órganos de contratación con uno o varios empresarios, con el fin de fijar las condiciones a las que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado. En el presente caso, el acuerdo marco suscrito entre el Ministerio del Interior y dos empresarios, Indra y la UTE Scytl-Vector, establece las condiciones generales en las que tendrán lugar, posteriormente, los contratos relativos a la prestación de los servicios necesarios para la difusión del escrutinio provisional de los resultados de los procesos electorales, así como de otros servicios complementarios a dicha difusión.

Al objeto de que el Gobierno pueda proporcionar la "información provisional sobre los resultados de la elección" prevista en el artículo 98.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, resultó preciso contratar los servicios necesarios para llevar a cabo el escrutinio provisional de los resultados electorales y su difusión, así como el desarrollo de otras actividades necesarias como el apoyo informático a las Juntas Electorales Provinciales, la implantación de los puntos de consulta periféricos, la integración de los resultados definitivos en la base de datos de los resultados electorales del Ministerio del Interior y otros servicios conexos a los anteriores.

Parece razonable concebir el acuerdo marco como una respuesta adecuada a las diferentes necesidades en relación con el contrato de difusión del escrutinio provisional de los procesos electorales por parte del Ministerio del Interior. Se trata así de garantizar de forma ágil la adjudicación de dicho contrato en caso de un adelanto electoral (circunstancia que concurrió en el caso que se analiza), sin disponer del tiempo preciso para tramitar un expediente ordinario con arreglo a la legislación de contratos del sector público, especialmente por la brevedad de los plazos desde que se convocan las elecciones y la imprevisibilidad con la que en determinadas ocasiones pueden presentarse las elecciones a Cortes Generales (como fue el caso).

Simultáneamente, se dispone de la seguridad suficiente de que la empresa adjudicataria cumple con unos requerimientos imprescindibles para la correcta prestación del servicio, asegurando estándares de seguridad y calidad exigidos en el pliego.

La ejecución del acuerdo marco se llevará a cabo mediante la adjudicación de contratos basados en el mismo, los cuales se realizarán a riesgo y ventura de los contratistas según las cláusulas del PPT y el PCAP y su cuadro de características. Interesa recordar que el PCAP establece en su cláusula 14 la siguiente exigencia:

"En todo caso, la suscripción del Acuerdo Marco implica la obligatoriedad de presentación de oferta en todas las invitaciones a participar en el procedimiento de adjudicación de los contratos basados...".

3) El contrato basado adjudicado a la UTE Scytl-Vector

El régimen jurídico del acuerdo marco de referencia viene establecido en el apartado 1.3 del PCAP, el cual establece que, tanto el acuerdo marco como los contratos basados en el mismo, tienen carácter administrativo y la naturaleza propia de un contrato de servicios. Añade la cláusula novena del documento administrativo de formalización del acuerdo marco con la UTE, que el adjudicatario se somete expresamente a la legislación de contratos del sector público. El contrato tiene una duración de cuatro años, y no exige para su tramitación crédito adecuado y suficiente, porque no implica gasto alguno, sin perjuicio de que este extremo sea imprescindible para la posterior adjudicación de los contratos que de él se deriven, con imputación a la aplicación presupuestaria "Procesos electorales y consultas populares" (16.01.924M.22705). Tras la adjudicación del contrato a la UTE Scytl-Vector mediante la Resolución de 11 de noviembre de 2018 de la Directora General de Política Interior (siendo designado igualmente Indra como adjudicatario en dicha resolución), se formalizó el contrato el 27 de diciembre con la UTE (el 21 de diciembre con Indra) y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del 7 de enero de 2019.

Ya en plena aplicación del acuerdo marco, se convocó a ambos adjudicatarios para que presentaran por escrito su oferta económica para el contrato basado para la prestación de los servicios necesarios para la obtención del escrutinio provisional de los resultados electorales y su difusión en relación con las elecciones locales y al Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2019. Esta invitación, según queda dicho, constituye una obligación automática de presentar oferta.

Se trataría, pues, de la primera aplicación práctica del acuerdo marco, la cual se inició mediante una invitación a Indra y la UTE en la que -de forma expresa (junto al lugar, fecha y forma en que debían presentar sus ofertas) y entre otros extremos- se les recordaba, como característica de la ejecución en relación con la celebración concurrente de elecciones locales y al Parlamento Europeo, que "para el caso de dicho proceso electoral, no se hará uso de las Mesas Administradas Electrónicamente (MAE's)".

Más adelante se indica en la invitación, respecto a la oferta económica: "... no pudiendo ser ni el desglose de los precios ni los precios unitarios ofertados ser superior al ofertado durante la licitación del acuerdo marco".

A continuación, y destacado en letra negrita, se dice "Este requisito se considera esencial y las ofertas que no lo cumplan serán excluidas de la licitación".

El 25 de enero de 2019, el contrato fue adjudicado a la UTE por un importe de 7.245.660,46 euros (IVA excluido). Se inician con dicho contrato basado una serie de obligaciones y compromisos de la UTE que serán examinados más adelante. Conviene destacar que, en este momento temporal, y pese a existir ya un contrato basado, tiene lugar la imprevista convocatoria de elecciones generales anticipadas el 15 de febrero de 2019, que conduce a la nueva activación del mecanismo del acuerdo marco, verificándose una nueva invitación a los dos adjudicatarios.

Destacar en este punto que, al igual que se había realizado en la anterior convocatoria, y con idéntico carácter esencial y excluyente, se indicó nuevamente a los adjudicatarios que ni el desglose de los precios ni los precios unitarios podían superar al ofertado en la licitación del acuerdo. También se destacó expresamente que no se haría uso de las MAE.

4) La oferta de servicios a las Elecciones Generales de 2019

En fecha 20 de febrero de 2019, se constata el primer incumplimiento en el tiempo del acuerdo marco. En efecto, pese a existir ya adjudicado un contrato basado (el 25 de enero de 2019) todavía no se han puesto de manifiesto los graves incumplimientos, que luego se indicarán, porque, aunque en puridad ya debían haber comenzado los trabajos de preparación de las elecciones locales y al Parlamento Europeo, aún no se externalizan sus efectos.

Como queda dicho, en la fecha de 20 de febrero de 2019 se procede a la apertura de los sobres que contienen las ofertas económicas para el segundo contrato basado, resultando que -pese a las expresas y reiteradas advertencias más arriba expresadas en la invitación, y que constaban en el pliego- la oferta económica presentada por la UTE contiene en su desglose importes o precios superiores a los ofertados por esas mismas partidas al licitar el acuerdo marco.

El importe máximo de licitación era inicialmente de diez millones de euros (IVA excluido), pero como había sido previsto expresamente que no se utilizarían las MAE, y esta partida ascendía a dos millones de euros, en realidad lo máximo que podría ofertarse eran ocho millones de euros. Sin embargo, la oferta de la UTE Scytl-Vector se mantuvo en diez millones de euros, por lo que fue excluida "al no respetarse los importes máximos ofertados en el desglose del acuerdo marco". La oferta de Indra fue de 6.149.000 euros, siendo la adjudicataria.

Resulta así, que la oferta de la UTE superaba las cuantías ofertadas en el acuerdo marco de un doble modo: cumulativamente, en su cuantía global, y singularizadamente, en las partidas correspondientes a dirección

del proyecto; gastos de personal; sistemas de recogida y transmisión de la información; tratamiento de la información a efectos de la aplicación; difusión de la información a efectos de la aplicación; servidores y otros servicios complementarios. A todos estos epígrafes de la oferta se le habían adicionado porcentajes de los dos millones de euros sobrantes de las MAE, de manera que todo terminaba totalizando diez millones de euros.

La cuestión de las MAE resulta, además, otra directa vulneración del pliego de prescripciones técnicas, donde de forma clara se contenía la expresa previsión de que su utilización sería algo que quedaba a decisión posterior e individualizada del órgano contratante. Lo decía así (apartado 1.2.1.2.2.B.1 PPT):

"Aun cuando la decisión última de su utilización corresponde al Ministerio del Interior, el licitador deberá prever en la oferta la dotación con herramientas informáticas (hardware y software) para el desempeño de sus tareas de manera ágil y segura a 4.000 mesas".

Una propuesta como la descrita supone no solo un muy grave incumplimiento del pliego, sino una vulneración directa de la esencia del acuerdo marco concebido como sistema de racionalización de la contratación: de nada sirve que la Administración se dote de esta herramienta si los licitadores no presentan una oferta o, para eludir una posible sanción, recurren a la presentación de una oferta que no se ajusta a las exigencias requeridas con la finalidad de no ser adjudicatarios del contrato basado. Tal comportamiento anula directamente la virtualidad de esta forma de contratación. Un acuerdo marco solo tiene sentido si supone el despliegue de una competencia efectiva entre los adjudicatarios del mismo, de forma continuada en el tiempo para el que fue previsto (aquí cuatro años), pero también de una forma real, evitando comportamientos que podrían incluso ser considerados como fraudulentos.

En definitiva, la actuación va más allá del mero incumplimiento de un contrato basado (al que obviamente no llega a concurrir porque supone automáticamente su exclusión), sino que pone en cuestión el acuerdo marco en su conjunto, toda vez que, al desvirtuar su efectividad, afecta al propio sentido de su existencia y lo deslegitima como mecanismo de racionalización contractual que pretendía ser. Interesa no olvidar esta reflexión previa a la hora de determinar con precisión los efectos de la resolución que al final se examinarán.

Llegados a este punto, hay que reseñar ahora que se aprecia en esta actuación el incumplimiento de una obligación esencial del contrato por parte de la UTE y, por ello, puede considerarse causa de resolución, siendo esta la primera en el tiempo de entre las diversas causas concurrentes.

Tiene declarado el Consejo de Estado (dictamen número 363/2017, de 29 de junio, entre otros muchos):

"... la doctrina tradicional del Consejo de Estado determina que ante la posible concurrencia de varias causas de resolución ha de prevalecer la primera que aparezca en el tiempo".

Y es así que el artículo 202.1 de la Ley 9/2017 prevé:

"1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos".

Por su parte, el artículo 211 establece:

"1. Son causas de resolución del contrato: (...) f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

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

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general. (...) 2. En los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo".

El artículo 220.1 de la Ley 9/2017 prevé que para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en las secciones 1.ª y 2.ª del capítulo I del título I del libro segundo de dicha ley, entre las que se encuentra el artículo 139.1:

"1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea".

Según lo expuesto, aceptar las condiciones de los pliegos y ajustar las ofertas a las mismas es una obligación esencial de todo licitador del acuerdo marco, determinando su incumplimiento la inadmisión en la fase de adjudicación (como aquí acertadamente se actuó). Señalado en el apartado 14.5 del cuadro de características del PCAP que las ofertas económicas "no podrán recoger precios superiores y condiciones o prestaciones distintas a los de la propia adjudicación del acuerdo marco", ello constituía una condición

especial de ejecución (explicitada en el apartado 17.1, párrafo primero, del mismo cuadro de características) que, además, le fue expresamente recordada cuando se le formuló la invitación para la presentación de la oferta económica.

5) La prestación de servicios en las elecciones locales y al Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2019

Pese a que ya se aprecia el 20 de febrero de 2019 la concurrencia de una causa de resolución del acuerdo marco, lo cierto es que la UTE debe cumplir con el contrato basado previamente adjudicado, constituyendo este la auténtica prueba de su capacidad organizativa y solvencia técnica.

Los resultados, forzoso es reconocerlo de antemano, no fueron nada satisfactorios.

Con independencia de la valoración conjunta global de las actuaciones de la UTE y la agrupación de sus cometidos en relación a las diversas obligaciones que sobre ella descansaban, que luego se introducirá, parece al Consejo de Estado más lógico continuar con el examen cronológico de actuaciones que hasta aquí se ha llevado. Permite lo anterior una más cuidada atención a la evolución del contrato basado en función de que se examinen las obligaciones previas a las elecciones y las del día de las elecciones.

A) Incumplimientos previos a la fecha de las elecciones

a) Incumplimiento relativo a las ruedas de prensa y satélites

Con carácter previo a la jornada electoral, la UTE debía proporcionar una serie de servicios orientados al apoyo, cobertura y difusión de las ruedas de prensa ofrecidas por los portavoces del Gobierno durante el fin de semana electoral, dirigidos a los medios de comunicación audiovisual. Una de las exigencias para la UTE era proporcionar dos vías de salida a satélite y capacidad para distribuir desde la unidad en SD-SDI/HD- SDI. Sin embargo la empresa contrató un satélite en Definición Estándar (SD) incompatible con la señal en HD, incumpliendo su obligación respecto de la capacidad para distribuir desde la unidad en SD-SDI/HD-SDI.

Confirmado lo anterior mediante un informe de la Secretaría de Estado de Comunicación, y verificadas las negativas consecuencias del error (que a unos medios les impidió conectarse y a todos hubo que remitir un comunicado de corrección con los nuevos datos del satélite a menos de 48 horas de la jornada electoral), ninguna prueba concluyente opone la contratista a este extremo, más allá de afirmar que solo tuvo contratado un servicio HD después de ofrecer primero un servicio SD.

Que tuviera contratado un servicio HD en algún momento (por aportarse en el trámite de audiencia un presupuesto de 8 de mayo de 2019 en tal sentido), no quiere decir que dicho servicio estuviera ofrecido a la Administración en el tiempo y modo obligados por el pliego para la más eficiente cobertura de las

necesidades electorales. Solo a partir del 22 de mayo de 2019 -y a requerimientos de la Secretaría de Estado de Comunicación para atender al lenguaje de signos- comunica la UTE las nuevas coordenadas de descarga el 24 de mayo de 2019. Los equipos mínimos que la empresa debía aportar para la ejecución del contrato debían incluir (según señalan los pliegos) "2 vías de salida a satélite" y tener "capacidad para distribuir desde la unidad en SD/HD-SDI". Adicionalmente, destaca en este apartado de información un error de la UTE en disponer en tiempo apropiado de los logos y colores proporcionados por los partidos (resultando algún error como asignar el color amarillo a la coalición JuntsXCat, error que fue mantenido durante un tiempo, aun habiéndosele apercibido de ello a la contratista).

La obligación de cumplir con los requisitos relativos al satélite y las ruedas de prensa se encuentra en el apartado 1.4.1.A.1 PPT.

b) Fichas de análisis electoral

Como muy tarde quince días antes de la jornada electoral, la UTE estaba obligada a entregar una primera versión de las fichas de análisis electoral. Igualmente estaba obligada a entregar las fichas de análisis electoral durante la realización del escrutinio provisional, con la frecuencia que le fueran requeridas, y una vez finalizado el escrutinio provisional, debía entregar una versión definitiva de las fichas de análisis electoral en formato reutilizable.

Frente a dicha obligación, se constata que solo el 20 de mayo (cinco días antes de las elecciones en lugar de los quince exigidos) se entregó una primera versión de las fichas, añadiendo que ya no tenía tiempo de modificarlas. Sin embargo, según ha confirmado la Dirección General de Política Interior, y no ha rebatido la UTE, además de no cumplirse tempestivamente con la obligación de entregar las fichas de análisis electoral en su primera versión, durante la realización del escrutinio provisional no proporcionó las fichas con la frecuencia que le fue solicitada, ni tampoco entregó al Ministerio de Interior la versión definitiva de las fichas de análisis electoral en formato reutilizable, una vez finalizado el escrutinio provisional.

La obligación de cumplir con los requisitos relativos a las fichas electorales se encuentra en el apartado 1.4.1.A.4 PPT.

c) Posicionamiento en las URL

Establece el pliego la obligación a cargo del adjudicatario de realizar las tareas de posicionamiento de las URL asociadas a los resultados en los principales buscadores de Internet. Sin embargo, dichas tareas no fueron realizadas, de tal forma que las aplicaciones no estuvieron posicionadas en primer lugar en los principales buscadores de Internet. Ninguna alegación de contrario introduce la UTE en su escrito de descargo a este respecto.

La obligación de realizar las tareas de posicionamiento de las URL se encuentra en el apartado 1.4.1.B.1.1 punto 10 PPT.

d) Errores en las aplicaciones gratuitas

Con una antelación mínima de ocho días respecto de la jornada electoral, la UTE debía ofrecer una aplicación gratuita para la consulta de los datos electorales desde dispositivos IOS, Android y Windows, con posibilidad de descarga gratuita desde los APP marketplaces oficiales.

Frente a tal exigencia, no se llegó a ofrecer una app propiamente dicha, sino una mera adaptación de la web, sin que su uso resultase ni sencillo ni básico, como se exigía. Resulta además que la UTE subió la aplicación a Google Market anticipadamente, sin respetar el plazo convenido para ello.

La aplicación presentaba también numerosos errores en cuanto a los datos del resultado de escrutinio provisional, figurando candidaturas con colores identificativos que no eran los acordados, a pesar de las indicaciones realizadas expresamente a la UTE sobre los mismos (en el sentido de que debían coincidir con los empleados por las formaciones políticas en sus respectivos símbolos).

La respuesta de la UTE en sus alegaciones a este respecto simplemente es que "no se detectaron incidentes relevantes con la aplicación".

La obligación de elaborar aplicaciones gratuitas para dispositivos móviles se encuentra en el apartado 1.4.1.B.2 PPT.

e) Sitio de pruebas para medios de comunicación

La UTE debía habilitar dicho sitio de pruebas con antelación, pero -sin embargo- únicamente tres días antes de las elecciones se pudo disponer del mismo, resultando, además, que las irregularidades de su contenido determinaron que los medios no pudieron preparar debidamente sus programas para el tratamiento de la información.

La Secretaría de Estado de Comunicación informó que uno de los principales problemas que tuvieron los medios de comunicación fue la disponibilidad del fichero en el repositorio en las condiciones necesarias para la elaboración de sus productos informativos, debiéndose posponer el simulacro informativo al 18 de mayo de 2019, produciéndose, además, múltiples irregularidades nunca corregidas, llegando a registrarse cambios en los archivos de los medios hasta el mismo domingo de las elecciones.

Existen múltiples quejas de medios de comunicación relativas al deficiente funcionamiento de la aplicación, poniéndose de manifiesto, especialmente, en la agregación de candidaturas. La UTE solo indica en sus alegaciones que, tras el primer simulacro, se propuso la mejora del formato, realizándose cambios en la aplicación y un segundo simulacro específico.

La obligación de preparar un sitio de pruebas con suficiente antelación se encuentra en el apartado 1.4.1.B.3 PPT.

B) Incumplimientos en la jornada electoral

a) Suministro de información parcial

Llegado el día de la jornada electoral, sin duda la principal obligación de la contratista era atender la web de resultados provisionales, desde la que se suministraba información continuamente

Frente a las exigencias de información por parte del Centro de Control descritas en el PPT (desglose por datos del escrutinio provisional para su difusión, conteniendo información sobre desglose de voto por candidatura, por provincia, comunidad autónoma, circunscripción en su caso, municipio y distrito), la información de los resultados de escrutinio provisional publicada en la web de resultados provisionales suministraba solo información parcial, en lugar de la total con los niveles de agregación exigidos.

Se constata, en primer lugar, la grabación extemporánea de los resultados de numerosas mesas, puesto que el día 27 (siguiente a las elecciones) fue preciso realizar la primera modificación porque se comprobó que el día anterior no se habían introducido todos los datos en el sistema. Particular relevancia tiene este hecho, puesto que todas las mesas deberían de haber sido grabadas la misma noche electoral (salvo un número muy reducido de mesas con carácter excepcional, en los excepcionales casos en que el representante de la Administración no transmite los datos). Según indica la Administración, los datos se transmitieron, pero la empresa no los grabó, siendo este el objeto central del contrato (resultando especialmente grave este hecho al tratarse de unas elecciones locales donde las circunscripciones son menores, y el impacto de la no grabación de mesas en un mismo término municipal puede ser enorme).

Adicionalmente, la información correspondiente a los Cabildos publicada en la web de resultados provisionales era incorrecta, al no aplicar el umbral mínimo exigido por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, haciéndose la asignación de electos erróneamente. Junto a lo indicado, y como prueba adicional del "cúmulo de errores" (según informa la Dirección General de Política Interior), se produjo una incorrecta aplicación de los criterios de agregación de los resultados, al incluir solo los votos que se traducían en concejales (decisión unilateral que adoptó la empresa sin comunicar a la Administración), extremo que solo se pudo corregir varios días después de las elecciones, cuando se detectó este error por la empresa. Los

efectos negativos de este erróneo criterio tuvieron eco en la prensa en los días siguientes a las elecciones, cuando fueron apreciados (según se indica en los múltiples reportes de medios que obran en el expediente). Nada señala la UTE en sus alegaciones al respecto de estas observaciones.

Como indica la propuesta de resolución, "el desastre de la web fue algo público y notorio que tuvo como última consecuencia los cinco requerimientos realizados por el Congreso de los Diputados para explicar los errores cometidos".

La obligación de suministrar información en la web de resultados provisionales se encuentra en los apartados 1.4.1.A.3 y 1.4.1.B.1.1, punto 6, PPT.

b) Falta de desarrollo de una aplicación de consulta de datos provisionales para la noche electoral

La noche electoral, la UTE estaba obligada al desarrollo de una aplicación de consulta de datos de escrutinio provisional para su descarga por los usuarios de internet.

No fue realizada esta prestación en momento alguno, sin que nada se alegue al respecto por la UTE.

La obligación de desarrollar la aplicación de consulta de los datos de escrutinio provisional se encuentra en el apartado 1.4.1.B.1.2, aplicación de consulta del PPT.

Constatadas todas las anteriores irregularidades en la ejecución del contrato basado, resulta que constituyen incumplimientos de la previsión contenida en el punto 1.4 PPT ("Difusión de la información") en los respectivos apartados más atrás indicados, erigidos en condiciones esenciales de ejecución de los contratos basados, según el apartado 17.2 del cuadro de características del PCAP del acuerdo marco, donde se establece:

"En el caso de los contratos basados, se considerarán requisitos esenciales la no implementación, a pesar de su inclusión en la oferta, del diseño del CPD así como la no presentación de un procedimiento de funcionamiento alternativo del CPD, en ambos casos recogido en el apartado 1.3 del PPT, el incumplimiento de los requerimientos fijados en el apartado 1.4 del PPT en relación con la difusión de resultados, así como el incumplimiento de los requerimientos previstos en el apartado 3.7 sobre el plan de comunicaciones. Estos cuatro puntos son de carácter prioritario al ser la base del servicio a prestar y podrán determinar la resolución del Acuerdo marco conforme a lo previsto en el artículo 211, apartado f) de la LCSP, y la correspondiente exclusión como empresa adjudicataria seleccionada en el presente Acuerdo marco. Asimismo, podrá solicitarse la indemnización de los daños y perjuicios en base al artículo 213.3 de la LCSP así como la prohibición de contratar para la empresa afectada en los términos recogidos en el artículo 71.2. de la LCSP".

C) La declaración de concurso de ScytI

Constituye un hecho objetivo, adicional a todo lo expuesto, la declaración en concurso de acreedores de la mercantil Scytl (una de las dos integrantes de la UTE), seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona. De conformidad con el artículo 211.1.b) de la Ley 9/2017, ello podría ser también una causa de resolución del contrato.

El artículo 212 de la Ley 9/2017 establece la aplicación de las causas de resolución del contrato, disponiendo por lo que respecta al concurso de acreedores:

"5. En caso de declaración en concurso la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución.

En todo caso se entenderá que son garantías suficientes:

- a) Una garantía complementaria de al menos un 5 por 100 del precio del contrato, que deberá prestarse en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 108.
- b) El depósito de una cantidad en concepto de fianza, que se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 108.1, letra a), y que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista".

No cabe, pues, una aplicación de la declaración de concurso como causa de resolución automática, pues ha de estarse a la actitud del contratista y a la posibilidad de que preste garantías suficientes para la continuación, extremo que ya resultaba así desde la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (regulación ahora sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal), como señaló el Consejo de Estado en su dictamen número 745/2010, de 2 de junio:

"No cabe, en consecuencia, la aplicación de la declaración de concurso como causa de resolución automática en el supuesto que ahora ocupa, debiendo estarse a la actitud y garantías ofrecidas por el contratista.

Sin embargo y por contra, si no concurren suficientes garantías por parte de la empresa concursada sí cabe proceder a la resolución del contrato, puesto que la situación de concurso supone tal grado de duda y ensombrecimiento sobre la viabilidad de la empresa afectada que sólo cabe una decidida acción de afianzamiento y seguridad respecto a los contratos pendientes, muy especialmente cuando en ellos late con tal fuerza el interés público, como es en el caso de los contratos administrativos como el presente".

No obstante lo anterior, tampoco la declaración de concurso de ScytI debería provocar necesariamente por sí misma la resolución del contrato. El adjudicatario lo ha sido la UTE (la suma de las dos empresas), no individualmente cada uno de ellas, por lo que habría que comprobarse si la empresa no afectada por la declaración de concurso (Vector Software Factoring, S. L.) hubiera estado dispuesta y en condiciones técnicas y de solvencia como para asumir en solitario la continuación del contrato.

La propuesta de resolución no ha empleado esta posibilidad en su fundamentación, existiendo, en todo caso, suficientes razones como para promover la resolución del contrato sin necesidad de tener que acudir al concurso de acreedores de una de las empresas de la UTE.

D) Valoración global de la actuación de la contratista

Un examen de conjunto de las diversas causas de resolución que concurren en el expediente supone la constatación de un triple orden de circunstancias que legitimarían la resolución del acuerdo marco:

- a) El incumplimiento del propio acuerdo marco por presentación de una oferta que supera los límites exigibles para las elecciones generales de 28 de abril de 2019.
- b) Los diversos incumplimientos del contrato basado para las elecciones locales y al Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2019.
- c) La declaración en concurso de la empresa ScytI.

Prescindiendo (por las razones atrás indicadas) de la declaración de concurso, la propuesta de resolución ha optado por fundar la resolución del acuerdo marco en el incumplimiento de su clausulado por realizar una oferta superior a los precios máximos establecidos para el contrato basado para las elecciones generales de 28 de abril de 2019. También relata y detalla los incumplimientos del contrato basado de las elecciones locales y al Parlamento Europeo pero, habiéndose ya ejecutado este contrato, no se prevé consecuencia alguna para el mismo en este expediente, puesto que, al parecer, está concluido.

Sin embargo, existen referencias parciales en el procedimiento a que no se le ha abonado una factura final, por lo que muy probablemente se halle en liquidación. No es ello materia de este procedimiento, más allá de que se constata que el incumplimiento de los requisitos esenciales de los contratos basados erigidos en condiciones esenciales de ejecución hubiera podido determinar -también- la resolución del acuerdo marco (según el apartado 17.2 del cuadro de características del PCAP, más arriba transcrito).

Muestra su relevancia todo lo expuesto en la medida en que, al no haberse previsto garantía alguna en el caso del acuerdo marco (que sí existía en el contrato basado), nada cabe incautar y, por lo que se desprende

del tenor de la propuesta de resolución, nada se menciona de indemnizar los daños y perjuicios causados a la Administración.

Pero resulta lógico extraer la conclusión de que existen tales daños, en la medida en que se ha erosionado la confianza pública en el proceso electoral -en abierta contradicción con la tradicional opinión favorable que han despertado de forma generalizada las citas electorales hasta el momento presente-, produciéndose un grave daño reputacional en la buena imagen no solo del Ministerio del Interior, sino de toda la Administración General del Estado en la que aquel se inserta.

La complejidad de un contrato de estas características supone, sin duda, la contratación con una empresa que debe atender a estándares de funcionamiento de muy elevada calidad y que comportan una superior cualificación. Esta alta especialización que se presume a la UTE, resulta una circunstancia sobre la que el Consejo de Estado ya se ha pronunciado con anterioridad en contratos de servicios abocados al incumplimiento culpable (dictamen número 829/97, de 8 de mayo):

"Una atenta y desapasionada lectura de los complejos antecedentes que integran el expediente lleva a la convicción de que en estrictos términos jurídicos (...) no cumplió con la finalidad esencial del contrato; es decir, no llegó a prestar satisfactoriamente, en ningún momento, los servicios complementarios de gestión, con la eficacia y calidad esperables del objeto del contrato y proporcionados a la considerable retribución pactada (...).

A pesar de su presentación como empresa altamente especializada no llegó a contar con los medios idóneos para afrontar la tarea a la que se había comprometido".

Sin duda tampoco en este caso se cubrieron mínimamente las tradicionales expectativas de eficiencia y rigor que han venido presidiendo los servicios complementarios a los procesos electorales en nuestro país.

En tales circunstancias, conviene la delimitación de la culpa del contratista, extremo que no consta en el expediente remitido al Consejo de Estado. Puede ocurrir que ello se esté ventilando en el seno de la liquidación del contrato basado correspondiente a las elecciones locales y al Parlamento Europeo, aunque no constan referencias precisas a este extremo en la propuesta de resolución. Parece que puede tener que ver con las causas de rechazo de la tercera factura del citado contrato basado. No hay otras referencias en este procedimiento, referido solo al acuerdo marco y su eventual resolución, la cual tiene que ver más con un grave error en la formulación de la oferta para las elecciones generales de 2019, que con la incorrecta ejecución de un contrato ya concluido (que es el caso del contrato basado que se ha ejecutado y que pudiera estar pendiente de liquidación definitiva).

Conviene, pues, tener presente (por si aún fuera del caso aplicar estas consideraciones a la liquidación del contrato basado indebidamente ejecutado, extremo sobre el que no hay datos en el expediente) que, como ya se dijera en el dictamen número 389/2013, de 6 de junio:

"En otras palabras, si la legislación de contratos solo habilita a la Administración para contratar con quien ha demostrado tener determinadas cualificaciones técnicas, habrá que concluir que esa capacitación profesional deberá ser utilizada como parámetro para medir la diligencia exigible al contratista y valorar sus posibles incumplimientos".

La actuación de la UTE puede calificarse como negligente y lesiva para los intereses públicos, puesto que no solo vino a incumplir la obligación principal del contrato basado a que estaba sujeta, sino que la demostración de su incapacidad para ejecutar correctamente un negocio jurídico de esta índole puso en riesgo dos procesos electorales completos (elecciones locales y Parlamento Europeo), afectando, de forma pública y notoria, al buen funcionamiento del sistema electoral en su conjunto.

E) Efectos de la resolución

En el presente supuesto la indicada resolución se propone por haberse producido en su ejecución incumplimientos que la propuesta -examinándolos desde el punto de vista de las exigencias de los pliegos y del contrato mismo- califica como suficientes para producir el referido resultado. Como tiene declarado el Consejo de Estado para aquellos casos de especial gravedad en el incumplimiento (así el dictamen número 769/2020, de 28 de enero de 2021, entre otros muchos):

"Sentada la fundada resolución del contrato por incumplimiento de la contratista, el Consejo de Estado entiende que dicho incumplimiento solo puede ser calificado como culpable".

La errónea formulación de la oferta para las elecciones generales de 2019 supone el incumplimiento sustancial por el contratista de una obligación esencial. La anterior causa, según la propuesta, constituye una vulneración grave de los pliegos (cuadro de características y condiciones esenciales del PCAP) que rigen el contrato. Comparte tal estimación el Consejo de Estado, con las matizaciones que a continuación se indicarán.

El artículo 192 de la LCSP ("Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso") establece en su apartado 2.º:

"Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso,

por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo".

Por su parte, el artículo 211 de la LCSP ("Causas de resolución") dispone:

"f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

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

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

Examinadas las infracciones que se han producido, resulta que suponen de por sí, incluso cada una de ellas y por separado, causa hábil para resolver por incumplimiento el presente contrato.

Establece el artículo 211.2 LCSP

"En los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo".

La oferta de la UTE para las elecciones generales de 2019 superaba las cuantías ofertadas en el acuerdo marco en las siguientes partidas o conceptos: dirección del proyecto (exceso de 500.000 euros); gastos de personal (exceso de 500.000 euros); sistemas de recogida y transmisión de la información, a efectos de la aplicación del apartado 1.3.3 del PPT.1 procedimiento telefónico, fax o PC (exceso de 200.000 euros); tratamiento de la información a efectos de la aplicación, en su caso, del apartado 1.3.3 del PPT (exceso de 200.000 euros); difusión de la información a efectos de la aplicación, en su caso, del apartado 1.3.3 del PPT (exceso de 200.000 euros); servidores (exceso de 200.000 euros); y otros servicios complementarios (exceso de 200.000 euros).

La suma del total de los excesos asciende a 2.000.000 de euros, que se corresponde con la cantidad en que debían haber rebajado la oferta total (que no debía superar los ocho millones de euros, totalizando diez millones la de la UTE) al no permitirse las MAE (cuyo valor era precisamente de dos millones de euros).

Frente a tales incidencias, no se han realizado por el contratista alegaciones fundadas, ni en el momento en que acontecieron los hechos ni en el procedimiento de resolución del contrato. Más aún, su posición al respecto viene a probar el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que confirma el error al que califica de "mera diferencia" que -dice- ni supone incumplimiento ni le es imputable, debiéndose a un supuesto cambio de opinión de la Administración.

El Consejo de Estado entiende acreditado suficientemente el incumplimiento en la oferta del contrato basado, con lo que considera que concurre la causa de resolución del contrato de conformidad con el artículo 211.1.f) de la Ley 9/2017.

Sentada la fundada resolución del contrato por incumplimiento del contratista, el Consejo de Estado entiende que dicho incumplimiento solo puede ser calificado como culpable.

Establece para tal supuesto el artículo 213 de la Ley 9/2017:

"3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".

En la misma línea se pronuncian las condiciones especiales de ejecución contenidas en el apartado 17.1 (párrafo tercero) del cuadro de características del PCAP, cuando señalan:

"El incumplimiento de las obligaciones recogidas en este epígrafe, que se consideran esenciales, podrá determinar la resolución del Acuerdo marco conforme a lo previsto en el artículo 211, apartado f) de la LCSP, y la correspondiente exclusión como empresa adjudicataria seleccionada en el presente Acuerdo marco. Podrá solicitarse la indemnización de los daños y perjuicios en base al artículo 213.3 de la LCSP, así como la prohibición de contratar para la empresa afectada en los términos recogidos en el artículo 71.2.c) de la LCSP".

Según lo indicado en la vigente Ley de Contratos del Sector Público, reafirmado por las condiciones especiales de ejecución del PCAP, el contratista (además de serle incautada la garantía, lo que en este caso no tiene virtualidad por no haberse establecido) debe indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que pudiera haber causado, debiendo iniciarse un nuevo procedimiento que tenga por objeto cuantificar tales daños y perjuicios por el órgano de contratación, previa audiencia de la mercantil interesada. Sin perjuicio de lo ya indicado, y a la vista de la especial significación lesiva que conllevan los hechos, quiere el Consejo de Estado recordar las previsiones contenidas en los artículos 71 y siguientes sobre prohibiciones de contratar, por su eventual aplicación al caso en el momento precedente.

Se trata de los artículos 71.1.c) -haber solicitado concurso voluntario- y 71.2.c) -incumplimiento de las cláusulas esenciales del contrato, incluyendo las condiciones esenciales de ejecución-, sin obstar la eventual aplicación de otras causas que se estimase oportuno.

Parece importante que la Administración tenga en cuenta con posterioridad las medidas necesarias para prohibir la contratación habida cuenta de las gravísimas consecuencias de estos hechos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado manifiesta su conformidad con la propuesta de resolución en cuanto a la procedencia de resolver el acuerdo marco por incumplimiento culpable de la contratista, debiendo preverse, además, la indemnización de los daños y perjuicios producidos a la Administración, a cuyo efecto se debe tramitar un expediente contradictorio para determinar su cuantía.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

1.º) Que procede la resolución del Acuerdo marco para la prestación de los servicios necesarios para la difusión del escrutinio provisional de los resultados de los procesos electorales, así como de otros servicios complementarios con la UTE ScytI-Vector, por incumplimiento culpable de la contratista.

2.º) Que procede tramitar expediente contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios causados a la Administración pública".