



Exp. Junta Consultiva: RES 10 i 11/2020

Resolució dels recursos especials en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de serveis de manteniment correctiu, preventiu i tècnic legal dels edificis, locals i instal·lacions del Sector Sanitari de Llevant (Manacor) SSCC PA 66/2015 NCASE 20386/2015

Òrgan de contractació: Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA

### **Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 13 de novembre de 2020**

Atesos els recursos especials en matèria de contractació interposats per l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en endavant, Urbia) contra les Resolucions del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de 5 de maig i de 13 d'agost de 2020, per les quals s'imposen penalitats a l'empresa per la no realització de les 5.000 hores extraordinàries anuals oferides en el contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant (Manacor) per als períodes de juny de 2018 a maig de 2019 i de juny 2019 a maig 2020, respectivament, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 13 de novembre de 2020, ha adoptat l'Acord següent:

#### **Fets**

1. El 22 de maig de 2017, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i el representant de l'empresa Roig Obres Serveis i Mediambient, SA, (actualment, Urbia) varen formalitzar el contracte de serveis de manteniment correctiu, preventiu i tècnic legal dels edificis, locals i instal·lacions del Sector Sanitari de Llevant (Manacor) per import de 1.449.277,50 euros.
2. El 5 de febrer de 2020, la directora gerent de l'Hospital de Manacor va proposar, basant-se en l'informe previ del cap del Servei de Manteniment de la Gerència de l'Hospital de Manacor de 28 de gener de 2020, iniciar un procediment d'imposició de penalitats a la contractista per import de 40.102,50 euros a l'empresa Urbia per la manca de realització d'hores

anuals addicionals que havia oferit el contractista en la seva oferta, que comprèn el període de juny de 2018 a maig de 2019.

3. El 5 de maig 2020, després de la tramitació d'un procediment amb audiència de l'empresa interessada, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució d'imposició de penalitats següent:

Resolución

1. Imponer una penalidad a la entidad adjudicataria del contrato de servicios SSCC PA 66/15, "URBIA Intermediación, Ingeniería y Servicios, S.A.", por importe CUARENTA MIL CIENTO DOS EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (40.102,50 €) por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofertadas.

2. Dicha penalidad se hará efectiva mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista.

[...]

La Resolució esmentada es va notificar al contractista el 7 de maig.

5. L'1 de juny de 2020, —d'acord amb l'article 9 del *Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19*— es va reprendre el còmput dels terminis administratius que havien estat suspesos mitjançant la Disposició Addicional Tercera del *Real Decreto 463/2020, de 14 de març, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19*.
6. El 5 de juny de 2020, el representant de l'empresa Urbia va presentar al registre de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució d'imposició de penalitats de 5 de maig. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 8 de juny.
7. El 16 de juliol de 2020, la directora gerent de l'Hospital de Manacor va proposar, basant-se en l'informe previ del cap del Servei de Manteniment de la Gerència de l'Hospital de Manacor de la mateixa data, iniciar un procediment d'imposició de penalitats a la contractista per import de 18.510 euros a l'empresa Urbia per la manca de realització d'hores anuals addicionals que havia oferit el contractista en la seva oferta, que comprèn el període de juny de 2019 a maig de 2020.

8. El 13 d'agost de 2020, després de la tramitació d'un procediment amb audiència de l'empresa interessada, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució d'imposició de penalitats següent:

Resolución

[...]

2. Imponer una penalidad a la entidad adjudicataria del contrato de servicios SSCC PA 66/15, "URBIA Intermediación, Ingeniería y Servicios, S.A.", por importe DIECIOCHO MIL QUINIENTOS DIEZ EUROS (18.510 €) por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofertadas.

3. Dicha penalidad se hará efectiva mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o bien contra la garantía definitiva en el caso de resultar insuficiente.

[...]

9. El 24 de setembre de 2020, el representant de l'empresa Urbia va presentar al registre de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució d'imposició de penalitats de 13 d'agost. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 28 de setembre.
10. D'acord amb l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, s'ha sol·licitat a l'òrgan de contractació la tramesa dels expedients i dels informes jurídics corresponents, que els ha tramès el 20 d'octubre i el 26 d'octubre de 2020.
11. El 23 d'octubre de 2020, mitjançant Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa s'han acumulat ambdós recursos i s'han desestimat les respectives sol·licituds de suspensió de l'execució de les Resolucions impugnades.

### Fonaments de dret

1. Els actes objecte de recurs son dues Resolucions d'imposició de penalitats per incompliment d'un contracte de serveis tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquests actes es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes

Balears. La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. Atès que la tramitació de l'expedient de contractació a què fan referència els dos expedients d'imposició de les penalitats es va iniciar l'any 2017, hi és aplicable la normativa vigent en aquell moment, en concret, el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP).
3. L'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, es troba legitimada per interposar els recursos especials en matèria de contractació i els ha interposat mitjançant representant acreditat i dins termini adequat.
4. La recurrent fonamenta els recursos, en resum, en les al·legacions següents:
  - Extemporaneïtat i finalitat purament sancionadora de la penalitat imposada.
  - Inexistència de l'incompliment, atès l'acord entre el Servei de Salut de les Illes Balears i Urbia per a substituir determinades hores extraordinàries per la realització d'altres treballs.
  - Inexistència de requeriment formal previ a Urbia per part del Servei de Salut de les Illes Balears per a la realització de les hores presumptament incomplides.
  - Error en el còmput de les hores efectuat pel Servei de Salut de les Illes Balears.
  - Desproporció i imposició de penalitats contrària a la legislació de contractes per superar el 10 per cent del preu del contracte.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que es declarin nul·les ambdues Resolucions d'imposició de penalitats per incompliment del contracte. També sol·licita, subsidiàriament, que es recalculi l'import de la penalitat imposada per al període de juny de 2018 a maig de 2019 i que aquest es calculi sobre les hores efectivament no realitzades.

5. Per la seva banda, la cap del servei de coordinació jurídica del Servei de Salut de les Illes Balears ha elaborat els respectius informes de 14 i 21 d'octubre de 2020 en relació amb els recursos, mitjançant els quals s'oposa als recursos especials interposats.
6. Abans d'entrar a analitzar les al·legacions del recurrent, cal fer una breu pinzellada al que preveu la normativa i la jurisprudència en relació amb la imposició de penalitats per incompliment del contracte.

El TRLCSP, preveia en l'apartat 4 de l'article 87 la possibilitat d'establir penalitzacions per incompliment de clàusules contractuals, i en l'article 212, que l'Administració pugui imposar-les, d'acord amb les previsions específiques dels plecs, en els casos d'execució defectuosa de la prestació objecte del contracte o d'incompliment dels compromisos adquirits o de les condicions especials d'execució que s'haguessin establert en els plecs i en l'anunci de licitació. Les penalitats, que han de ser proporcionals a la gravetat de l'incompliment i no poden superar el 10 per cent del pressupost del contracte, es poden imposar mitjançant Resolució dictada per l'òrgan de contractació, a proposta del responsable del contracte, i es poden fer efectives mitjançant deducció de les quantitats a abonar al contractista, o sobre la garantia quan no es puguin deduir de les certificacions.

La finalitat que l'Administració persegueix amb la imposició de penalitats és, essencialment, coercitiva – no sancionadora – per tal d'estimular o garantir el compliment del contracte. Així, les penalitats responen a un incompliment obligacional que s'emmarca en els poders de direcció, inspecció i control de què disposa l'òrgan de contractació en garantia de l'interès públic. D'altra banda però, també s'admet que les penalitats tinguin una finalitat compensatòria o indemnitzatòria i s'equiparen a les clàusules penals de l'article 1152 del Codi Civil, que preveu que: «*En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado*».

Així ho ha entès el Tribunal Suprem, entre d'altres, en la Sentència núm. 1689/2019, de 21 de maig, la qual s'ha dictat, en part, en interès cassacional per a la formació de jurisprudència i aclareix alguns aspectes materials i formals de la imposició de penalitats contractuals, en la qual manifesta, entre d'altres, el següent:

1º Es punto común y pacífico que en lo sustantivo tales penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni éste es aplicable supletoriamente. Al respecto es jurisprudencia de esta Sala que responden al ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración (cf. sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 4318/1991).

2º Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien, cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio.

3º Aun así, como tal penalidad tiene una sola regulación y no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad, hay que estar al criterio jurisprudencial según el cual carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código Civil) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.

7. A continuació, cal entrar a analitzar el plec de clàusules administratives particulars (en endavant, PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (en endavant, PPT), que constitueixen, d'acord amb reiteradíssima jurisprudència del Tribunal Suprem, la "Llei del contracte", de tal manera que allò que s'hi preveu, si no s'impugna en el seu moment, s'ha de considerar consentit i ferm i, en conseqüència, vincula a totes les parts, l'Administració i el contractista.

Com a conseqüència de l'aplicació d'aquest principi, totes les incidències del contracte, la seva execució i els drets del contractista i les facultats de l'Administració, s'han d'ajustar estrictament a les previsions contingudes en els plecs. De fet, en la clàusula 24.1 del PCAP del contracte, consta expressament que *«El contrato se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el presente Pliego de cláusulas administrativas particulares, observando fielmente lo establecido en el Pliego de prescripciones técnicas, así como las instrucciones que, en su caso, le diere por escrito el responsable del contrato designado por el órgano de contratación»*.

A més, concretament en relació amb l'execució i la responsabilitat del contractista en el cas dels contractes de serveis, l'article 305 del TRLCP disposava que:

1. El contracte s'ha d'executar amb subjecció al que estableixen les seves clàusules i els plecs, i d'acord amb les instruccions per a la seva interpretació que l'òrgan de contractació doni al contractista.

2. El contractista és responsable de la qualitat tècnica dels treballs que desenvolupi i de les prestacions i serveis realitzats, així com de les conseqüències que es dedueixin per a l'Administració o per a tercers de les omissions, errors, mètodes inadequats o conclusions incorrectes en l'execució del contracte.

En el quadre de descripció del contracte del PCAP consta que l'objecte del contracte és el servei de manteniment general dels edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari Llevant, la qual cosa incloïa tant l'Hospital de Manacor com els Centres de Salut i les Unitats Bàsiques de les Comarques del Pla i del Llevant de Mallorca (en total, 32 edificis o instal·lacions), amb l'objectiu de mantenir-les condicionades i operatives per poder atendre les necessitats d'atenció mèdica als pacients i treballadors del sector.

Pel que fa a les penalitats que s'imposen a l'empresa, per la manca de realització de les hores extraordinàries, la lletra S del quadre de característiques del contracte del PCAP, relativa a les penalitats específiques per a aquest contracte, disposa que:

En caso de que el incumplimiento afecte a las características tenidas en cuenta para definir los criterios de adjudicación (art. 150.6):

Cuando no se realicen las horas ofertadas en el criterio de valoración 3 tras la solicitud formal por parte del hospital.

Penalización: el número de horas no activadas por el precio de hora extra de oficial ofertado por el adjudicatario en el criterio de valoración 2.  
[...]

Comprovat el PCAP, en el punt 2.1 de la lletra B del quadre de criteris d'adjudicació del PCAP es preveu valorar el següent:

2.1 Cobertura de horas totales adicionales: máximo 10 puntos. Se otorgará un punto por cada 500 horas ofertadas de aumento de la cobertura anual obligatoria, con un máximo de 10 puntos [...]

- \* entre 1 y 500 horas: 1 punto
- \* entre 501 y 1.000 horas: 2 puntos
- \* entre 1.001 y 1.500 horas: 3 puntos
- \* entre 1.501 y 2.000 horas: 4 puntos
- \* entre 2.001 y 2.500 horas: 5 puntos
- \* entre 2.501 y 3.000 horas: 6 puntos
- \* entre 3.001 y 3.500 horas: 7 puntos
- \* entre 3.501 y 4.000 horas: 8 puntos
- \* entre 4.001 y 4.500 horas: 9 puntos

\* entre 4.501 y 5.000 horas: 10 puntos

I atesa l'oferta que l'empresa ara recurrent va presentar d'acord amb l'Annex VII del PCAP que es va posar a disposició dels licitadors interessats, aquesta es va comprometre a realitzar el següent nombre d'hores de cobertura addicionals:

<i>Cobertura</i>	<i>HORAS COBERTURA PLIEGO</i>	<i>HORAS COBERTURA OFERTADAS</i>
<i>Oficiales 24h (24hx365d)</i>	<i>8.760,00</i>	<i>450,00</i>
<i>Oficiales Correctivo 8h</i>	<i>7.872,00</i>	<i>2.000,00</i>
<i>Oficiales Preventivo</i>	<i>5.904,00</i>	<i>1.240,00</i>
<i>Oficiales Conductivo- Estético</i>	<i>3.936,00</i>	<i>1.310,00</i>
<i>TOTALES</i>	<i>26.472,00</i>	<i>5.000,00</i>

8. Entrant amb detall en el fons de les al·legacions de l'empresa recurrent, cal dir el següent:

La recurrent al·lega l'extemporaneïtat i finalitat purament sancionadora de la penalitat imposada, ja que en la seva opinió, la penalitat corresponent al període de juny de 2018 a maig de 2019 s'ha imposat més d'un any després de l'incompliment i a un mes de la finalització del contracte, mentre que la penalitat corresponent al període de juny de 2019 a maig de 2020 s'ha imposat un cop finalitzada la relació contractual, per la qual cosa perden la seva finalitat coercitiva.

També al·lega que l'incompliment no ha existit, atès que des de l'inici del contracte es va acordar que es realitzarien propostes per a substituir part d'aquestes hores per altres treballs i que durant tot el període es va intentar acordar aquesta substitució. Al·lega que Urbia va realitzar propostes en aquest sentit, entre d'altres, compensar aquestes hores amb l'equivalent en hores treballades pel personal subrogat o costos d'aquest personal — 7.866,02 hores o 102.711,90 euros—. També al·lega que l'Administració havia plantejat incorporar les hores «romanents» al calendari del període següent, però no sancionar-la.

A més, al·lega que l'Administració no pot acreditar que hagi requerit formalment a l'empresa la realització d'aquestes hores i, segons la lletra S del quadre de característiques del contracte del PCAP, ho havia de fer. L'Administració tampoc justifica la no realització d'aquestes hores.



D'altra banda, la recurrent manifesta que en el període de juny de 2018 a maig de 2019 l'empresa va realitzar 2.673,5 hores i que el nombre d'hores que ha servit de base a l'Administració per imposar-li la penalitat corresponent a aquest període és erroni, perquè el mes de setembre de 2018 es va adscriure al contracte un delineant (el senyor Víctor Vidal) que havia de realitzar 2.300 hores, de les quals 530 s'havia arribat a l'acord que s'havien de computar en la borsa de les 5.000 hores anuals addicionals.

Finalment, la recurrent al·lega que l'import de la penalitat total és desproporcionat, perquè la suma de totes les penalitats supera l'import legalment previst.

Aquests arguments s'han de rebutjar totalment pels motius següents:

8.1 Pel que fa a l'extemporaneïtat i finalitat purament sancionadora de la penalitat imposada:

Com hem dit abans, la finalitat que l'Administració persegueix amb la imposició de penalitats és essencialment de caràcter coercitiu per a garantir el compliment contractual. Es tracta d'una prerrogativa per a incentivar el compliment de les obligacions per part del contractista, és a dir, per aconseguir o restablir l'execució adequada quan el contractista incorri en actes o omissions que comprometin o pertorbin la bona marxa del contracte. No obstant això, també s'admet la seva finalitat compensatòria i, igual com en l'àmbit civil, substitueixen la indemnització per danys.

En el cas que ens ocupa, a més a més cal considerar que per imposar la penalitat era necessari que hagués finalitzat el període anual corresponent per poder conèixer el nombre d'hores addicionals no realitzades pel contractista.

L'expedient d'imposició de la penalitat per al període anual de juny de 2018 a maig de 2019 es va iniciar en fase d'execució del contracte. Concretament, la proposta es va emetre el 5 de febrer de 2020, després de diversos requeriments efectuats per correu electrònic, que consten en l'expedient, i a falta de quasi 5 mesos per a la finalització del contracte, per la qual cosa no es pot descartar la seva finalitat coercitiva.

L'expedient d'imposició de la penalitat per al període anual de juny de 2019 a maig de 2020 es va iniciar un cop finalitzat el contracte; però en tot cas, la finalitat compensatòria de les penalitats permet imposar-les un cop

finalitzada l'execució del contracte i no restringeix aquesta possibilitat a la fase d'execució.

8.2 Pel que fa a la inexistència de l'incompliment i a la manca de requeriment formal per a la realització de les hores:

Com hem dit abans, segons el punt 2.1 B del quadre de criteris d'adjudicació del PCAP, es valorava l'oferiment dels licitadors d'un augment d'hores de la cobertura anual obligatòria del contracte. I d'acord amb l'Annex VII del PCAP les hores addicionals de cobertura es podien referir a personal amb la categoria d'oficial, ja fossin oficials 24 hores, correctius, preventius o conductius estètics.

La determinació i la ponderació dels criteris d'adjudicació d'un contracte és competència discrecional de l'òrgan de contractació, sempre que guardin relació amb l'objecte del contracte i es garanteixin els principis de la contractació pública. En l'expedient que ens ocupa, els oficials que es varen considerar necessaris per donar cobertura al servei contractat es van establir, segons el plec i l'informe de preus, en un total de 10 oficials. No obstant, l'òrgan de contractació va considerar que, a més, els licitadors podien oferir fins a un màxim de 5.000 hores addicionals anuals d'oficial, la qual cosa es valoraria com a criteri d'adjudicació per millorar la prestació del servei.

Segons l'oferta d'Urbia, aquesta es va comprometre a realitzar el màxim d'hores addicionals anuals previstes com a criteri d'adjudicació, això és 5.000 hores, fet que li va permetre aconseguir la màxima puntuació prevista en el plec i resultar l'adjudicatària del contracte. Tenint en compte aquesta oferta, això li havia de suposar a l'empresa l'equivalent a posar a disposició del contracte un reforç del servei en dues persones més, a jornada completa, de la categoria d'oficial.

En opinió de la Junta Consultiva, els plecs i l'oferta que va presentar Urbia no generen confusió i són clars: la periodicitat de les 5.000 hores addicionals oferides era anual i la manera en què s'havien de dur a terme les hores era mitjançant tasques pròpies del personal amb categoria d'oficial (24 hores, correctius, preventius o conductius estètics).

D'altra banda, l'al·legació relativa a un presumpte acord de l'empresa amb l'òrgan de contractació per substituir les hores addicionals no realitzades per altres conceptes o per posposar-les a altres anualitats, s'ha de rebutjar totalment. Comprovat el que consta en l'expedient, en concret l'informe del

cap del Servei de Manteniment de la GHM de 30 d'abril de 2020 i la documentació que s'hi adjunta, consistent en diversos correus electrònics mantinguts entre el responsable del contracte i els representants de l'empresa, es pot afirmar que l'Administració va recordar i requerir l'empresa, en diverses ocasions, perquè presentàs «*propostes de solució de la borsa d'hores, per tal de revisar-les*». No obstant això, en els correus electrònics consta literalment, entre d'altres, el següent:

*«[...] les propostes s'han de fer dins el marc del contracte, els plecs i la llei de contractes»; "[...] la proposta de transformar hores en € no és viable perquè no s'ajusta ni als plecs ni a la Llei 9/2017"; "[...] el que es proposa suposa una modificació del contracte no prevista en els plecs i tampoc reuneix els requisits per poder aplicar l'article 205 de la Llei 9/2017 referent a les modificacions no previstes en els plecs. Per tant, la opció no la veig possible».*

Per tant, descartat que existís cap tipus d'acord en el sentit que al·lega la recurrent, el que sí ha quedat acreditat és la realitat de l'incompliment del contracte imputable a la contractista, malgrat els intents del responsable del contracte, en exercici de les seves funcions de supervisió i inspecció de la bona execució del contracte (clàusula 4.11 del PPT), de fer complir els compromisos contractuals, en aquest cas, mitjançant l'exigència a la contractista d'una planificació de les hores addicionals oferides en funció de les tasques d'oficials a realitzar a l'Hospital de Manacor o als diferents centres de salut objecte del contracte. En aquest sentit, també s'ha de rebutjar l'al·legació de la recurrent, que afirma que l'Administració no pot acreditar que hagués requerit formalment a l'empresa la realització d'aquestes hores, d'acord amb la lletra S del quadre de característiques del contracte del PCAP, ja que existeixen acreditades en l'expedient les comunicacions per correu electrònic que ho desmenteixen.

### 8.3 I pel que fa a les hores realitzades i al seu còmput:

En l'informe de 28 de gener, relatiu al grau de compliment del contracte per al període de juny de 2018 a maig de 2019, el cap del Servei de Manteniment de l'Hospital de Manacor va manifestar que, segons les informacions aportades mensualment per la mateixa empresa i fiscalitzades també en el seguiment mensual, del total de les 5000 hores/any oferides, s'havien executat 2.326,5 i, per tant, hi havia 2.673'50 hores sense executar.

De les taules en format d'excel que han servit de base per a l'elaboració de l'informe i que hi consten adjuntes, en les quals es recullen les hores realitzades, es desprèn que les hores del delineant (el senyor Víctor Vidal) es van tenir en compte en el còmput des del primer mes en què va començar a prestar els seus serveis, concretament, des del mes de setembre de 2018, encara que, com hem dit abans, la manera en què s'havien de dur a terme les 5.000 hores/any addicionals era mitjançant tasques pròpies del personal amb categoria d'oficial (24 hores, correctius, preventius o conductius estètics).

I en l'informe de 16 de juliol, relatiu al grau de compliment del contracte per al període de juny de 2019 a maig de 2020, el cap del Servei de Manteniment de l'Hospital de Manacor va manifestar que, segons les informacions aportades mensualment per la mateixa empresa i fiscalitzades també en el seguiment mensual, del total de les 5000 hores/any oferides, s'havien executat 3.766 i, per tant, hi havia 1.234 hores sense executar.

Del fet d'haver valorat aquestes hores com a addicionals, es desprèn, d'una banda, que l'òrgan de contractació no ha realitzat el còmput d'acord amb el plec, que, com hem dit abans, en la lletra S del quadre de característiques del contracte del PCAP preveu que són penalitzables les hores extra d'oficial oferides per l'adjudicatari i no realitzades.

D'altra banda, el fet de valorar aquestes hores també suposa computar com addicionals unes hores que no s'ajusten a l'oferta d'hores addicionals de l'adjudicatari, que en l'annex VII del PCAP va detallar clarament que aquestes hores es destinarien a tasques d'oficial —concretament: 450 hores d'oficials 24 hores (24h x 365 d), 2.000 hores d'oficials correctiu 8h, 1.240 hores d'oficials preventiu i 1.310 hores d'oficials conductiu estètic —, la qual cosa es podria qualificar de modificació de l'oferta.

Dit això, considerar irregular l'import de les penalitats imposades per haver utilitzat aquest criteri, perjudicaria en aquest cas a l'empresa recurrent, ja que en realitat no se li haurien de computar com a addicionals cap hora realitzada per personal no oficial. I d'acord amb l'article 119.3 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP), la resolució que es dicti per resoldre el recurs ha de ser congruent amb les peticions formulades pel recurrent, sense que, en cap cas, es pugui agreujar la seva situació inicial, el parer d'aquesta Junta Consultiva és que, en aquest cas concret, les resolucions d'imposició de penalitats resulten més favorables al recurrent que les que s'haurien d'haver dictat en aplicació de les previsions dels plecs.

En conclusió, atès que l'òrgan de contractació va computar com a hores addicionals realitzades, d'una banda 2.326,5 hores en el període de juny de 2018 a maig de 2019, i d'altra banda, 3.766 hores període de juny de 2019 a maig de 2020, i atès que no es pot perjudicar en via de recurs la situació del recurrent, s'han de considerar ajustats a dret els imports de les penalitats imposades, és a dir, els 40.102,50 euros corresponents al primer període i 18.510 euros corresponents al segon període.

8.4 Finalment, pel que fa a l'al·legació del recurrent que l'import de la penalitat total és desproporcionat, perquè la suma de totes les penalitats supera l'import legalment previst:

En primer lloc, cal recordar al recurrent que les penalitats que se li han imposat, es trobaven previstes en el PCAP, i allò que s'hi preveu, si el licitador no ho va impugnar en el seu moment, s'ha de considerar consentit i ferma i, en conseqüència vincula a ambdues les parts contractants, l'Administració i el contractista.

En segon lloc, és cert que l'article 212 TRLCSP permet imposar penalitats, proporcionals a la gravetat de l'incompliment, que no superin el 10 per cent del pressupost del contracte; no obstant, el recurrent s'equivoca en la interpretació que fa d'aquest article, que s'ha d'entendre tenint en compte que les penalitats — en plural —, han de ser proporcionals a la gravetat de l'incompliment i no poden superar — cada una d'elles — el 10 per cent del pressupost del contracte.

Si bé aquesta era la voluntat del legislador del TRLCSP, cal reconèixer que ha estat molt més clar i encertat en la redacció l'actual article 192 de la LCSP, en el que literalment consta el següent:

[...] Aquestes penalitats han de ser proporcionals a la gravetat de l'incompliment i les quanties de cadascuna no poden ser superiors al 10 per cent del preu del contracte, IVA exclòs, ni el total d'aquestes no pot superar el 50 per cent del preu del contracte.

Per això, les penalitats imposades — 40.102,50 euros, pel període de juny de 2018 a maig de 2019 i 18.510 euros, pel període de juny de 2019 a maig de 2020—, s'han de considerar proporcionades i es troben dins dels límits del 10 per cent legalment establert, i en conseqüència, s'han de rebutjar els arguments de la recurrent i s'han de confirmar les Resolucions impugnades en tots els seus pronunciaments.

Per tot això, dict el següent

## **Acord**

1. Desestimar els recursos especials en matèria de contractació interposats per l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, contra les Resolucions del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de 5 de maig i de 13 d'agost, per les quals s'imposen penalitats a l'empresa per la no realització de les 5.000 hores extraordinàries anuals oferides en el contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant per als períodes de juny de 2018 a maig de 2019 i de juny 2019 a maig 2020, respectivament.
2. Notificar aquest Acord a Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, i al Servei de Salut de les Illes Balears.

## **Interposició de recursos**

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.