



G CONSELLERIA
O HISENDA I RELACIONS
I EXTERIORS
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 12/2018

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de serveis de manteniment de les pistes de terra batuda del Poliesportiu Prínceps d'Espanya

Exp. CONTR 2016/7623

Conselleria de Cultura, Participació i Esports

Recurrent: Melchor Mascaró, SAU

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 27 de novembre de 2019

Atès el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Melchor Mascaró, SAU, contra la Resolució de la consellera de Cultura, Participació i Esports, de 6 de juny de 2018, per la qual s'acorda imposar una penalitat a l'empresa per incompliment del contracte de serveis de manteniment de les pistes de terra batuda del Poliesportiu Prínceps d'Espanya, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 27 de novembre de 2019, ha adoptat el següent Acord:

Fets

1. L'1 de març de 2017, el representant de la Conselleria de Transparència, Cultura i Esports, i la representant de l'empresa Melchor Mascaró, SAU. (en endavant, la recurrent o la contractista), varen signar el contracte de serveis de manteniment de les pistes de terra batuda del Poliesportiu Prínceps d'Espanya. La duració del contracte es va establir en un any a comptar des de la formalització del contracte, amb possibilitat de pròrroga per un termini màxim igual a l'inicial.
2. El 30 d'abril de 2018, el director del Poliesportiu Prínceps d'Espanya va emetre un informe en el qual proposava la imposició d'una penalitat d'un total de 1.455,43 euros per diversos incompliments de les prestacions establertes als punts 1 i 2 de l'apartat 3 i als apartats 5 i 7 del plec de prescripcions tècniques relatius, respectivament, als horaris del servei de manteniment; a les concretes tasques a realitzar; als productes, utilitatge i maquinària; i a les responsabilitats del contractista.



3. El 4 de maig de 2018, el secretari general de la Conselleria de Cultura, Participació i Esports va resoldre iniciar, per delegació, el procediment d'imposició de penalitats a l'empresa Melchor Mascaró, SAU, per incompliment del contracte. Aquesta Resolució es va notificar a l'empresa el 8 de maig de 2018, amb la indicació que disposava de deu dies hàbils per formular-hi les al·legacions i aportar la documentació que consideràs oportuna. La recurrent no va presentar escrit d'al·legacions.
4. El 6 de juny de 2018, el secretari general de la Conselleria de Transparència, Cultura i Esports, per delegació de la consellera de Transparència, Cultura i Esports, va dictar la Resolució per la qual s'imposa una penalitat d'un total de 1.455,43 euros a l'empresa Melchor Mascaró, SAU, per incompliment del contracte, que el director del Poliesportiu Prínceps d'Espanya va posar de manifest en el seu informe de dia 30 d'abril de 2018. Aquesta Resolució es va notificar a l'empresa l'11 de juny de 2018.
5. El 12 de juliol de 2018, la representant de l'empresa Melchor Mascaró, SAU, va interposar davant el registre de la secretaria general de Cultura, Participació i Esports, un recurs de reposició contra la Resolució de la consellera de Cultura, Participació i Esports de dia 6 de juny de 2018, per la qual s'imposa una penalitat a l'empresa per incompliment del contracte de serveis de manteniment de les pistes de terra batuda del Poliesportiu Prínceps d'Espanya.

La recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

— A l'empresa li ha resultat molt difícil dur a terme el servei en les escasses dues hores diàries contractades, i això ha afectat a la qualitat del servei.

Així i tot, l'empresa ha intentat cobrir sempre el servei i resoldre totes les incidències, i per això admet certs incompliments, però considera incorrectes altres, i al·lega:

— En relació amb l'incompliment en la tasca de subministrament de terra, que l'empresa depèn de l'estoc i del proveïdor, i que ha intentat tenir sempre terra de reserva, però les condicions climatològiques de l'hivern han fet que, en un any, l'empresa hagi hagut de reposar 6.000 kilograms de terra batuda, cosa que ha sobrepassat totes les previsions.

— En relació amb l'incompliment en la tasca d'estendre dues capes de terra nova i compactar-la, el recurrent al·lega que s'han realitzat les actuacions ordinàries i extraordinàries necessàries per mantenir en bones condicions les instal·lacions. Així, en el mes de gener, en menys de dues setmanes i degut a



les condicions climatològiques adverses, l'empresa ha reposat completament la terra de les pistes 6 i 7 dues vegades.

— En relació amb l'incompliment en la tasca de regar per mantenir el grau d'humitat òptim, el recurrent explica que en un principi el reg estava programat i això permetia a l'empresa controlar el nivell d'humiditat, i no hi va haver cap incidència en aquest període. En canvi, en el mes de febrer, l'empresa i la direcció del poliesportiu van acordar que el personal de manteniment del poliesportiu es faria responsable d'aquesta activitat, perquè era complicat coordinar les hores programades de reg amb les necessitats dels usuaris. Així, el recurrent entén que no se'l pot responsabilitzar d'una tasca que ara desenvolupa el propi poliesportiu.

Per tot això, el recurrent sol·licita que s'estimi el recurs i que es revisi la quantia de les penalitats imposades.

6. D'acord amb allò que disposa l'article 66.2 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, aquest recurs va tenir entrada a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'1 d'agost de 2018.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució de la consellera de Cultura, Participació i Esports de 6 de juny de 2018, relativa a la imposició de penalitats per incompliment del contracte de serveis de manteniment de les pistes de terra batuda del poliesportiu Prínceps d'Espanya, tramitat per la Conselleria de Cultura, Participació i Esports, que té caràcter d'administració pública.

El procediment d'adjudicació del contracte es va regir pel Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), que també regirà els efectes, compliment i extinció del contracte, incloses les seves possibles modificacions, durada i el règim de pròrrogues.

Atès que l'acte impugnat no és susceptible del recurs especial en matèria de contractació de l'article 40 del TRLCSP, es pot interposar contra aquest 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 (en endavant LRJ-CAIB), la resolució del qual correspon a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears.

L'article 115.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques estableix que:



L'error o l'absència de la qualificació del recurs per part del recurrent no és obstacle per tramitar-lo, sempre que es dedueixi el seu caràcter vertader.

En aquest cas queda clar que el recurs interposat, tot i que la recurrent fa esment al recurs de reposició, és el recurs especial en matèria de contractació.

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.

L'empresa recurrent, Melchor Mascaró SAU, es troba legitimada per interposar el recurs especial en matèria de contractació i l'ha interposat mitjançant representant acreditat i dins termini adequat.

2. Abans d'entrar a analitzar les al·legacions del recurrent, cal fer una breu pinzellada al que preveu la normativa, la doctrina i la jurisprudència en relació amb la imposició de penalitats.

Pel que fa a la normativa, el TRLCSP que resulta d'aplicació, 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 pogués 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 havien de ser proporcionals a la gravetat de l'incompliment i no podien superar el 10 per cent del pressupost del contracte, es podien imposar mitjançant Resolució dictada per l'òrgan de contractació, a proposta del responsable del contracte, i es podien fer efectives mitjançant deducció de les quantitats a abonar al contractista, o sobre la garantia quan no es poguessin deduir de les certificacions.

Segons la doctrina i la jurisprudència, la finalitat que l'Administració persegueix amb la imposició de penalitats és essencialment de caràcter coercitiu —no sancionador— per tal de garantir el compliment contractual i, per tant, les penalitats responen a un incompliment obligacional, de tal manera que s'emmarquen en els poders de direcció, inspecció i control de l'òrgan de contractació en garantia de l'interès públic; no obstant, també s'admet la seva finalitat compensatòria o indemnitzatòria, i igual que en l'àmbit civil, venen a substituir la indemnització per danys. En aquest sentit,



caldría esmentar entre d'altres, les Sentència del Tribunal Suprem de 18 de maig de 2005 i de 13 de febrer de 2012.

Per tant, el que s'ha de determinar a l'hora d'imposar una penalitat és si existeix responsabilitat objectiva del contractista a causa d'un incompliment de les obligacions establertes en els documents contractuals.

3. El procediment d'imposició de penalitats que va donar lloc a la resolució impugnada es va iniciar a proposta del director del poliesportiu Prínceps d'Espanya, responsable del contracte, que en l'informe de dia 30 d'abril de 2018 relaciona els incompliments següents per part de l'empresa Melchor Mascaró SAU:

— L'incompliment relatiu a l'apartat 3 **Tasques objecte del contracte i condicions de la seva realització**, punt 3.1 Horaris del servei de manteniment del PPT, fa que es consideri imposar una penalitat de fins un 1% del pressupost del contracte, IVA exclòs, per import de 246,14€.

—L'incompliment relatiu a l'apartat 3 del PPT referent a **Tasques objecte del contracte i condicions de la seva realització** a l'apartat 5 referent a **Productes, utilatge i maquinària** i a l'apartat 7 referent a **Responsabilitats del contractista**, que es consideri imposar una penalitat de fins un 1% del pressupost del contracte, IVA exclòs, per import de 246,14€.

—L'incompliment relatiu a l'apartat 3 **Tasques objecte del contracte i condicions de la seva realització**, punt 3.2 Tasques del PPT i apartat 5 **Productes, utilatge i maquinària**, fa que es consideri imposar el retorn del valor de les quatre xarxes adquirides pel poliesportiu per valor de 340€.

—L'incompliment relatiu a l'apartat 3 **Tasques objecte del contracte i condicions de la seva realització**, punt 3.2 Tasques del PPT i l'apartat 5 **Productes, utilatge i maquinària**, fa que es consideri imposar el retorn del valor de les tres saques de terra batuda adquirides pel poliesportiu per valor de 623,15€.

4. Cal tenir en compte el que varen preveure el PCAP i el PPT del contracte concret, que havien de contenir les condicions de la contractació, així com assenyalar els drets i obligacions de les parts i les pautes tècniques per a la realització de la prestació i la definició de les qualitats del contracte.

Així, la lletra S del quadre de característiques del contracte del PCAP estableix el següent:

S. PENALITATS ESPECÍFIQUES PER A AQUEST CONTRACTE NO INCLOSES EN L'ARTICLE 212 TRLCSP

Altres:

- L'incompliment dels horaris de prestació del servei o de les prestacions establerts en els plecs de prescripcions tècniques donaran lloc a la imposició de penalitats de l'1% del pressupost del contracte, iva exclòs.



La clàusula Y del PCAP a l'apartat d'observacions estableix que el licitador pot sol·licitar prèviament a la presentació de l'oferta, la visita de les pistes de terra batuda objecte del contracte de manteniment.

El punt 3 del plec de prescripcions tècniques del contracte, relatiu a les tasques del contracte i les condicions de la seva realització, preveu el següent:

[...]

3.1 HORARIS DEL SERVEI DE MANTENIMENT:

- Des del 16 d'octubre fins al 30 d'abril: 1 persona diària de dilluns a dissabte a raó de quatre hores diàries, amb horari de 8:00h a 10:00h i 15:30h a 17:30H.
- Des de l'1 de maig fins al 15 d'octubre: 1 persona diària de dilluns a dissabte a raó de dues hores diàries, amb horari de 8:00 a 10:00h.

3.2 TASQUES OBJECTE DEL CONTRACTE I CONDICIONS DE LA SEVA REALITZACIÓ

El servei comprèn les tasques que s'especifiquen a continuació, amb la periodicitat, aportació de material per fer les tasques, terra, xarxes, etc., els horaris i el nombre de personal indicat, sense que això suposi límits per fer qualsevol altra activitat necessària per al manteniment de les pistes en les condicions adequades per a la seva utilització i adequada conservació.

3.1. HORARIS DEL SERVEI DE MANTENIMENT:

- Des del 16 d'octubre fins al 30 d'abril: 1 persona diària de dilluns a dissabte a raó de quatre hores diàries, amb horari de 8:00h a 10:00h i de 15:30h a 17:30h.
- Des de l'1 de maig fins al 15 d'octubre: 1 persona diària de dilluns a dissabte a raó de dues hores diàries, amb horari de 8:00h a 10:00h.

[...]

- En cas de que per motius de climatologia adversa els operaris no puguin realitzar les seves tasques correctament, l'empresa adjudicatària ho reflectirà en el full d'informació diària i no es facturaran les hores no treballades.

[...]

3.2. Tasques:

- Diàriament:

[...]

Regar per mantenir el grau d'humiditat òptim: durant l'estiu s'inundaran les pistes, acordant amb la direcció del centre quines seran les pistes per tal de tancar-les al públic. Comprovar la quantitat de terra en pista i procedir a la seva reposició sempre que sigui adient.

- Trimestralment:

Revisió del sistema de rec i de les mànegues.
Comprovar la quantitat de terra en pista.

- Anualment:

Neteja general i retirada de terra.

[...]



Extensió de 2 capes de terra nova i compactació.
[...]

Atès que les pistes de tennis acaben de ser entregades i recepcionades, és necessari que durant els primers mesos d'execució del contracte es procedeixi al trillatge de la terra per tal que aquesta pugui compactar millor i fer una capa més uniforme, evitant l'aparició de la pastilla que es troba sota la terra.

La direcció del poliesportiu Príncipes de España pot modificar aquestes freqüències segons la necessitat real del servei de manteniment.

El punt 5 del plec de prescripcions tècniques, relatiu als productes, utilatge i maquinària, preveu el següent:

5. PRODUCTES, UTILLATGE I MAQUINÀRIA

[...] Així mateix, es durà a terme l'aportació de material necessari, reposició de terra, xarxes, etc. que es puguin fer malbé durant l'execució del contracte, els quals quedaran a disposició del centre una vegada finalitzat el contracte.

I el punt 7 del plec de prescripcions tècniques, relatiu a la responsabilitat del contractista, preveu el següent:

7. RESPONSABILITATS DEL CONTRACTISTA

El contractista és el responsable de la correcta execució del contracte i també de les conseqüències que es produeixin per a l'Administració o per a tercers, de les omissions, errades, els mètodes inadequats o les conclusions incorrectes en l'execució del contracte.

L'empresa adjudicatària és responsable del deteriorament de les instal·lacions que ocasioni el seu personal en la prestació del servei que es contracta, i la reparació és a càrrec seu.

Es obligació del contractista indemnitzar tots els danys i perjudicis que es causin a tercers com a conseqüència de les operacions que requereixi l'execució del contracte.

5. La recurrent s'oposa a la Resolució d'imposició de penalitats al·legant essencialment els motius d'oposició esmentats en el fet 5^e els quals s'aniran analitzant seguidament, contrastant els arguments amb allò previst en els plecs, en l'expedient d'imposició de penalitats i en la resolució impugnada. Per determinar la procedència o no de les penalitats d'acord amb els arguments de la recurrent, cal comprovar si consten acreditats els fets objectius que constitueixen els incompliments, si consten descrits com a penalitzables i si consten fixades les penalitats en els plecs.

Abans d'entrar a analitzar els motius del recurs, s'ha de dir que la recurrent no adjunta cap document que acrediti els fets al·legats ni que desvirtuï les afirmacions que fa el director del Poliesportiu en el seu informe.



- 5.1 En el primer motiu d'oposició, la recurrent al·lega que a l'empresa li ha resultat molt difícil dur a terme el servei en les escasses dues hores diàries contractades, i això ha afectat a la qualitat del servei. Així i tot, l'empresa ha intentat cobrir sempre el servei i resoldre totes les incidències.

En l'informe emès per part del director del poliesportiu Prínceps d'Espanya de dia 30 d'abril de 2018 fa constar l'incompliment següent:

- En el punt 3.1 Horaris del servei de manteniment: On concreta els horaris a complir per part del personal.
« Des del 16 d'octubre fins el 30 d'abril: 1 persona diària de dilluns a dissabte a raó de quatre hores diàries, amb horari de 8:00 a 10:00h i de 15:30 a 17:30 h». Aquest horari s'ha incomplert contínuament. Durant gran part dels mesos de desembre, gener i febrer no han vingut durant el torn de tarda, el que suposa que el manteniment de les pistes ha estat inexistent durant moltes tardes.

A més a l'informe s'adjunta correu electrònic de data 8 de gener de 2018 on un usuari de les pistes, a part de comentar el mal estat de la terra batuda, comunica al director que « *sé dels dies exactes que el jove de manteniment es tanca al cuarto 15 i una vegada passada l'hora, se'n va.*»

S'ha de dir que la recurrent s'equivoca en afirmar que les hores contractades eren dues ja que el PPT preveia en la clàusula 3.1 quatre hores en horari d'hivern i dues en horari d'estiu.

L'article 145.1 del TRLCSP disposava que les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva.

És reiterada la doctrina del Tribunal Suprem (per exemple, les sentències de 18 d'abril de 1986, de 3 d'abril de 1990, de 12 de maig de 1992, de 21 de setembre de 1994, de 9 de febrer de 2001, de 19 de març de 2001, de 16 d'abril de 2002, de 10 de juny de 2002, de 28 de juny de 2004 i de 26 de desembre de 2007) en el sentit que els plecs de condicions constitueixen la *lleï del concurs*, de manera que tant l'òrgan convocant com els participants en la licitació s'han de sotmetre a les regles que hi consten. Si no fos així, els licitadors tindrien inseguretats jurídica, perquè presentarien les seves ofertes basant-se en uns criteris i una forma de valoració determinada, i després veurien que el procediment es resol d'una manera diferent, amb violació per part de l'Administració del principi de confiança legítima en la seva actuació, i també del principi que prohibeix anar en contra dels actes propis.

Tot i que aquest precepte només esmenta el plec de clàusules administratives particulars, l'exigència que les proposicions dels licitadors s'hi ajustin s'ha



d'estendre al plec de prescripcions tècniques o als documents contractuals de naturalesa similar.

En l'expedient no consta que l'empresa Melchor Mascaró, SAU, o un altre licitador hagin presentat cap al·legació contra els plecs de prescripcions tècniques i de clàusules administratives particulars.

En la Sentència de 28 de juny de 2004 el Tribunal Suprem va manifestar que:

con base en la doctrina de esta Sala que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Y, dejando al margen otras consideraciones, esto es lo que ha de entenderse que viene a señalar la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo, al afirmar que los motivos del recurso referidos a la preparación del contrato administrativo constituyen alegaciones del actor extemporáneas e intrascendentes.

Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997, puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

Atès que l'empresa Melchor Mascaró, SAU, no va impugnar els plecs de clàusules administratives particulars ni el de prescripcions tècniques, aquests es varen convertir en *llei del concurs* a la qual s'havien de subjectar tant els licitadors com l'òrgan de contractació, sense que sigui admissible la seva disconformitat amb el contingut dels plecs com a excusa per no donar compliment a les obligacions i compromisos que va assumir quan va presentar la seva oferta i va formalitzar el contracte.

D'altra banda, la recurrent no va efectuar de manera prèvia a la presentació de l'oferta una visita a les pistes de terra batuda objecte del contracte de servei de manteniment, d'acord amb el previst a la clàusula Y del PCAP.

Per tant, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

5.2 Quant a la segona al·legació, la recurrent al·lega que hi ha diversos incompliments en la Resolució impugnada que considera incorrectes.

En qualsevol cas, el que s'ha de determinar és si consten acreditats els fets objectius que constitueixen els incompliments i que consten descrits com a penalitzables en els plecs que regeixen el contracte, i, així mateix, que consten fixades les penalitats.



— En relació amb l'incompliment en la tasca de subministrament de terra, la recurrent al·lega que l'empresa depèn de l'estoc i del proveïdor, i que ha intentat tenir sempre terra de reserva, però les condicions climatològiques de l'hivern han fet que, en un any, l'empresa hagi hagut de reposar 6.000 quilograms de terra batuda, cosa que ha sobrepassat totes les previsions.

D'acord amb l'article 215 del TRLCSP, l'execució del contracte es duu a terme a risc i ventura del contractista, que és el risc general que assumeix qualsevol contractista quan executa un contracte. Com va manifestar el Tribunal Suprem en la sentència de 19 d'octubre de 1983, "riesgo significa contingencia o proximidad de un daño y ventura es una palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien". Per tant, el contractista assumeix el risc que deriva de les circumstàncies imprevistes que afecten el contracte o el d'obtenir un guany major o menor i, fins i tot, tenir pèrdues quan els càlculs en què es fonamenta la seva oferta siguin erronis.

Així, l'al·legació del recurrent relativa amb les condicions climatològiques no justifica l'incompliment en relació amb aquesta tasca.

Com hem dit abans, el plec de prescripcions tècniques preveu, com a tasca diària, comprovar la quantitat de terra en pista i procedir a la seva reposició, sempre que sigui adient, i, com a tasca trimestral, comprovar la quantitat de terra en pista.

L'informe del director del Poliesportiu Prínceps d'Espanya, relatiu als incompliments de l'empresa, posa de manifest que la tasca de comprovar la quantitat de terra en pista i reposar-la sempre que sigui adient era un dels aspectes més importants que l'empresa incomplia, i que les pistes estaven sempre amb una quantitat de terra inferior a la necessària. S'adjunten a l'informe correus electrònics de dia 21 d'agost de 2017, 9 de gener de 2018, 25 de gener de 2018, 21 de març de 2018 i 26 d'abril de 2018, en els quals el director del Poliesportiu comunicava reiteradament a l'empresa la manca de terra a les pistes.

La direcció del poliesportiu va rebre, almenys dues vegades, la resposta per part de l'empresa que s'havia quedat sense terra, havent d'esperar d'una a dues setmanes que arribés, sense presentar cap document que acredités aquella circumstància. Davant això, el poliesportiu va encomanar tres saques de terra directament al proveïdor de l'empresa i va tardar tres dies en servir-les, cosa que indica la manca de previsió de l'empresa. Per tot això, és evident que, si l'empresa va fer la comprovació de la quantitat de terra en pista, en tot cas no va prendre les mesures correctores.

A més, en un correu del director del poliesportiu de 25 de gener de 2018 adreçat a l'empresa hi consta que el poliesportiu ha pres les mesures perquè



el vent no afecti la terra batuda de les pistes, principalment la 7 i la 8, i que ha adquirit 12 paravents nous per instal·lar-los en els laterals i substituir els vells; i que han tornat a connectar el reg per aspersió a la nit i el matí a primera hora, i que han establert, amb el cap de manteniment una previsió de vent setmanal perquè en cas de tenir dies de vent el personal de manteniment regui manualment les pistes; i que més del que fan ja no poden fer.

D'acord amb tot això, les condicions meteorològiques i els retards del proveïdor que al·lega la recurrent no justifiquen l'incompliment en l'execució d'una tasca que s'havia de realitzar diàriament i trimestralment. Així, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar, atès que, com hem dit abans, l'aplicació de penalitats obeeix a circumstàncies objectives, independentment de la causa que les origina i de l'existència o no de culpabilitat per part del contractista.

— En relació amb l'incompliment en la tasca d'estendre dues capes de terra nova i compactar-la, la recurrent al·lega que s'han realitzat les actuacions ordinàries i extraordinàries necessàries per mantenir en bones condicions les instal·lacions. Així, en el mes de gener, en menys de dues setmanes i degut a les condicions climatològiques adverses, l'empresa ha reposat completament la terra de les pistes 6 i 7 dues vegades, a causa de les condicions climatològiques adverses.

El plec de prescripcions tècniques preveu, com a tasca a realitzar amb una periodicitat anual, estendre dues capes de terra nova en les pistes de tennis i compactar-la.

A més, el plec de prescripcions tècniques preveu que, atès que les pistes de tennis acaben de ser entregades i recepcionades, és necessari que durant els primers mesos d'execució del contracte es procedeixi al fresatge de la terra per tal que aquesta pugui compactar millor i fer una capa més uniforme, evitant l'aparició de la pastilla que es troba sota la terra.

L'informe del director del Poliesportiu Prínceps d'Espanya, relatiu als incompliments de l'empresa, posa de manifest que no hi hauria necessitat de fer aquesta acció si el manteniment de les pistes es portés al dia; però que en aquest cas és imprescindible i que aquesta acció l'ha duta a terme el poliesportiu amb 3.000 quilograms de terra que ha adquirit, atès que els operaris de l'empresa Melchor Mascaró, SAU, no ho han fet i ha estat el personal de manteniment del poliesportiu qui ha repartit aquesta terra, principalment en les pistes 5 i 6.

Així, d'acord amb els fets que s'evidencien en aquest informe, i considerant que les condicions meteorològiques no permeten entendre justificat



l'incompliment en l'execució d'aquesta tasca, quan aquesta s'havia de realitzar anualment en totes les pistes, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

— En relació amb l'incompliment en la tasca de regar per mantenir el grau d'humiditat òptim, el recurrent explica que en un principi el reg estava programat i això permetia a l'empresa controlar el nivell d'humiditat, i no hi va haver cap incidència en aquest període. En canvi, en el mes de febrer, l'empresa i la direcció del poliesportiu van acordar que el personal de manteniment del poliesportiu es faria responsable d'aquesta activitat, perquè era complicat coordinar les hores programades de reg amb les necessitats dels usuaris. Així, la recurrent entén que no se'l pot responsabilitzar d'una tasca que ara desenvolupa el propi poliesportiu.

El plec de prescripcions tècniques preveu, com a tasca diària, regar per mantenir el grau d'humiditat òptim, i com a tasca trimestral revisar el sistema de rec.

L'informe del director del Poliesportiu Prínceps d'Espanya, relatiu als incompliments de l'empresa, posa de manifest que la major part dels dies no es regaven les pistes i que quan es feia només es regaven les pistes 7 i 8, quedant les pistes 5 i 6 totalment seques, i a causa d'això aquestes dues pistes es troben quasi sense terra perquè el vent se l'emporta, i això fa que les línies quedin per damunt del nivell de la terra i sigui molt perillós jugar-hi. A més, com que la terra no arriba a assentar-se per manca de reg, la pastilla de les capes inferiors surt contínuament a la superfície, tenint les pistes una gran quantitat de pastilla que contamina la terra.

A més, en relació amb la revisió del sistema de reg, aquest informe indica que el sistema de reg només es va revisar després de la seva instal·lació i que part dels aspersors estan malmesos i sempre reguen allà mateix, provocant bassals i forats a les pistes; i que el personal del poliesportiu substituirà els aspersors trencats i els temporitzadors segons les necessitats de les pistes.

La recurrent al·lega que el mes de febrer l'empresa i la direcció del poliesportiu van acordar que el personal de manteniment del poliesportiu es faria responsable d'aquesta activitat, però no aporta cap document que acrediti aquesta afirmació i, per tant, no desvirtua el que manifesta el director del poliesportiu en el seu informe sobre l'incompliment d'aquesta tasca.

Cal dir que, per bé que és cert que en el correu electrònic que el director del poliesportiu va adreçar a l'empresa el 25 de gener hi consta que el poliesportiu ha tornat a connectar el reg per aspersió a la nit i el matí a primera hora, i s'ha establert amb el cap de manteniment una previsió de vent setmanal, perquè en cas de tenir dies de vent el personal de manteniment regui manualment les



pistes; això no evidencia que s'hagi eximit a l'empresa de realitzar les tasques de reg que li pertoquen.

Per això, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

- 5.3 Pel que fa a la quantificació dels incompliments penalitzables que han donat lloc a la imposició de la penalitat, és la clàusula S del PCAP que, entre d'altres, preveu que l'incompliment de les prestacions establertes en el plec de prescripcions tècniques donaran lloc a la imposició de penalitats de l'1 % del pressupost del contracte, IVA exclòs.

Un cop revisada aquesta quantificació, duta a terme per l'òrgan de contractació, s'observa que les penalitats imposades pels incompliments indicats al punt 1 i 2 de la resolució d'imposició de penalitats de la consellera de Cultura, Participació i Esports de dia 6 de juny de 2018, són correctes de conformitat amb el disposat a la clàusula S del plec de clàusules administratives relativa a les penalitats específiques i que es quantifiquen amb un import de 246,14 euros cada un, i per tant un total de 492,28 euros.

Pel que fa als incompliments indicats al punt 3 i 4 de la resolució abans esmentada i d'acord amb la clàusula 7 del PPT, el contractista és el responsable de la correcta execució del contracte i també de les conseqüències que es produeixin per a l'Administració, en aquest cas una despesa ocasionada per l'incompliment del contractista de l'obligació establerta a l'apartat cinc del plec de prescripcions tècniques, d'aportació del material necessari que es puguin fer malbé durant l'execució del contracte. Així, l'import que es fixa és, pel retorn del valor de quatre xarxes (340 euros) i el retorn del valor de tres saques de terra (623,15 euros) i es fa en funció del cost d'adquisició del bé per part de l'Administració que executa subsidiàriament la prestació contractada i li genera una despesa que trasllada a l'adjudicatari.

Per tant, s'ha de desestimar la pretensió del recurrent de revisar la quantia de les penalitats imposades.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per Melchor Mascaró, SAU, contra la Resolució de la consellera de Cultura, Participació i Esports per la qual s'imposa una penalitat a l'empresa per incompliment del contracte de serveis de manteniment de les pistes de terra batuda del Poliesportiu Prínceps d'Espanya.



2. Notificar aquest Acord a Melchor Mascaró, SAU, i a la Conselleria de Cultura, Participació i Esports

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.