



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

Exp. Junta Consultiva: RES 14/2019

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de subministrament mitjançant arrendament sense opció a compra i gestió integral del vestuari per al personal destinat al servei de Transport Sanitari Terrestre Urgent i la Central de Coordinació dependents de la Gerència del 061 de les Illes Balears

SSCC SAN 194/19 (SSCC PA 321/17)

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: Ilunion Lavanderías, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 d'octubre de 2019

Atès el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Ilunion Lavanderías, SA, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de 10 de juliol de 2019, per la qual s'acorda imposar una penalitat a l'empresa per incompliment dels terminis de la seva oferta en l'expedient de contractació SSCC PA 321/17, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 30 d'octubre de 2019, ha adoptat el següent Acord:

Fets

1. El 7 de juny de 2018, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i el representant de Ilunion Lavanderias, SA, (en endavant, la recurrent o la contractista) van formalitzar el contracte de subministrament mitjançant arrendament sense opció a compra i gestió integral del vestuari per al personal del Servei de Transport Sanitari Terrestre Urgent i la Central de Coordinació dependents de la Gerència del 061 de les Illes Balears. El control de l'execució d'aquest contracte correspon a l'entitat pública empresarial Gestió Sanitària i Assistencial de les Illes Balears (GSAIB) en virtut de l'encàrrec de gestió del servei de Transport Sanitari Terrestre Urgent.

2. El 16 de maig de 2019, el director gerent de GSAIB va emetre un informe proposta d'imposició d'una penalitat per incompliment dels terminis establerts per al subministrament objecte del contracte.
3. El 21 de maig de 2019, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar resolució d'inici d'expedient de penalització per incompliment del termini previst per a l'inici de l'arrendament segons oferta de l'adjudicatari.
4. El 24 de maig de 2019, se li notifica al recurrent l'inici de l'expedient de penalitats, on se li comunica que havia incomplert el termini que havia ofert per a l'inici de l'arrendament —110 dies a comptar a partir de la firma del contracte—, i que, atès que el retard era de 233 dies, d'acord amb la clàusula T del plec de clàusules administratives particulars, era procedent imposar-li una penalitat de 116.500 euros —a raó de 500 euros per cada dia de retard. A més, li va indicar que disposava d'un termini de 5 dies hàbils per formular-hi al·legacions.
5. El 31 de maig de 2019, el representant de la recurrent va presentar un escrit d'al·legacions en el qual manifestava que les causes del retard no eren imputables a l'empresa, atès que la presentació d'un recurs especial contra la resolució d'adjudicació interposat per un dels licitadors, havia motivat la suspensió de l'encàrrec inicial de tela al proveïdor, el nombre de treballadors a uniformar havia excedit considerablement l'estimat en el plec de prescripcions tècniques, els treballadors s'havien mostrat passius i no disponibles a l'hora de recollir talles i mides, i l'òrgan de contractació havia provocat alguns dels retards imputats a l'empresa, ja que, un cop etiquetada i preparada l'entrega en carros, havia demanat que aquesta es realitzàs en capsos individuals per a cada treballador i, a més, havia modificat la dotació d'uniformitat prevista inicialment per als treballadors.

Així mateix també al·lega que, atès allò que diposa la clàusula T del plec de clàusules administratives particulars, l'òrgan de contractació en virtut de la seva potestat podia haver advertit a l'empresa de manera prèvia a la imposició d'una penalitat.

En qualsevol cas, la recurrent entenia que els primers 110 dies de retard pels quals es penalitza a l'empresa es corresponen amb el termini de què disposava aquesta per realitzar l'entrega i, per tant, no són penalitzables i a més s'havien de descomptar aquells dies que el retard no era causa imputable a l'empresa, d'acord amb els arguments abans exposats. Per tot

això, el retard era de 42 dies que a raó de 500€ per dia, es corresponia una penalitat d'un import de 21.000,00€.

6. El 10 de juliol de 2019, el director gerent de GSAIB va emetre un informe sobre les alegacions presentades pel contractista en el qual manifestava el següent:

Respecto a la alegación primera indicar que la fecha que se ha tenido en consideración para el cálculo del día de inicio de la prestación de servicio es la de formalización del contrato, el 7 de junio de 2018, como no puede ser de otra manera y según establece Ilunion en su oferta. [...] Asimismo, indicar que este plazo de entrega fue valorado para la adjudicación del contrato como punto objetivo: [...]

Respecto a la alegación segunda señalar que, al contrario de lo que indican en su informe, el PPT no indicaba un número cierto de usuarios, sino una estimación. Asimismo destacar que sorprendentemente indican que «de inicio» ya observaron que el número de trabajadores era mayor que la estimación que indicaba el PPT, volumen para el cual no estaban preparados inicialmente, a pesar de que en el mismo informe indican que debido al recurso presentado por otra empresa oferente «se paralizó el encargo de tela al proveedor para el número de usuarios» hasta la formalización del contrato y en otro punto, indican «no haber podido realizar el pedido a su proveedor hasta finales de agosto», fecha en la que ya eran conocedores del volumen de trabajadores.

Respecto a la alegación tercera, se ha de indicar que tal y como establece el Pliego de Prescripciones Técnicas, la adjudicataria será la responsable en exclusiva del sistema que adoptará para la toma de medidas de los profesionales del servicio para encuadrar el tallaje, tanto al inicio del contrato, como en las sucesivas altas de los trabajadores a lo largo del mismo. [...] Por lo cual, es Ilunion exclusivamente la responsable de disponer de los medios humanos y materiales que considere adecuados para la correcta gestión del servicio, algo que manifiestamente no ha sido así, si nos remitimos al punto 4.2.2 de la Oferta Técnica presentada por la empresa, en el cual establecía cómo iban a proceder a la toma de tallas.

Tanto el personal de la Gerencia 061, como los responsables de logística de GSAIB, han colaborado activamente en todo el proceso, para paliar la notoria falta de medios que ha dispuesto la empresa desde el inicio de la prestación del servicio.

Respecto a la alegación cuarta, señalar que Ilunion en su oferta técnica (página 30) indica que «una vez revisadas y definidas todas las tallas de usuarios por cliente, se entregará la dotación pactada personalizada a cada individuo». Lo que ha requerido la Administración es el fiel cumplimiento de la oferta.

Respecto a la alegación quinta, señalar que, como bien indican en su informe, el Pliego de cláusulas administrativas particulares en el apartado T de penalizaciones establece: «El órgano de contratación podrá, según la importancia y consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de que se trate, apercibir al contratista o requerirle el cumplimiento de la prestación en los términos pactados concediéndole un plazo adecuado según las circunstancias que concurran, antes de imponer una penalidad o bien atendida la gravedad de la situación causada, proponer directamente

la imposición de la penalidad». La demora en la entrega de la uniformidad está ocasionando problemas muy graves al personal que presta el servicio en el Transporte Sanitario Urgente de las Islas. A día de hoy, a pesar de haberla reclamado en numerosas ocasiones, el personal aún no dispone de la dotación completa de uniformidad y el número de prendas entregado es insuficiente para garantizar a los trabajadores la disponibilidad de ropa limpia suficiente para desempeñar su trabajo. Esta situación, no tan solo ha ocasionado múltiples quejas de los trabajadores, sino tres denuncias en Inspección de Trabajo por tal motivo, al no disponer los trabajadores de unidad suficiente (Considerada como Equipo de Protección Individual, por la actividad que realizan) y limpia con la frecuencia necesaria. [...]

Aquest mateix dia, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears, a proposta del director gerent de GSAIB, va dictar, la Resolució per la qual s'imposa a la recurrent una penalitat d'un import de 116.500 euros en concepte d'incompliment del termini previst per a l'inici del subministrament d'acord amb l'oferta de l'adjudicatari. La Resolució es va notificar a la recurrent el 12 de juliol.

7. L'1 d'agost de 2019, el representant de la recurrent va interposar davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears de dia 10 de juliol de 2019, per la qual s'imposa una penalitat a la contractista.

La recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

- La manca de motivació en la Resolució impugnada per ometre el pronunciament sobre les al·legacions presentades per la recurrent en el tràmit d'audiència.
- La no imputabilitat al contractista dels retards produïts en els termes establerts per l'Administració.
- La manca de proporcionalitat de la penalitat imposada.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució d'imposició de penalitats o, subsidiàriament, es redueixi la penalitat imposada en proporció a les circumstàncies concurrents o, en tot cas, a la quantia de 21.000 euros corresponents als 42 dies de demora que com a molt es podrien imputar a l'empresa.

Així mateix, també sol·licita com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució d'imposició de penalitats recorreguda, d'acord amb l'article 117 de la Llei 39/2015 i 66.3 de la Llei autonòmica 3/2003.

8. El 12 d'agost de 2019, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa sol·licita al director general del Servei de Salut de les Illes Balears, còpia electrònica de l'expedient administratiu, així com informe jurídic sobre les al·legacions que conté el recurs.
9. El 23 d'agost de 2019, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va adoptar l'Acord pel qual desestima la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears d'imposició de penaltats, atès que no s'acredita que se'n derivi cap perjudici per la recurrent.
10. El 23 d'agost de 2019, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa trameta l'Acord pel qual es desestima la suspensió, a l'empresa recurrent, al director general del Servei de Salut de les Illes Balears i al gerent del GSAIB.
11. El 18 de setembre de 2019, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa requereix al Gerent de l'entitat de Gestió Sanitària i Assistencial de les Illes Balears (GSAIB), informe tècnic en relació amb les al·legacions presentades per l'empresa en l'escrit del recurs i en concret les relatives a la manca de proporcionalitat de la penalitat imposada i a la imputació a l'Administració de la responsabilitat dels retards produïts, consistents en problemes de talles i mides, el canvi de preparació de les entregues, així com la modificació de la dotació d'uniformitat prevista inicialment per als treballadors.
12. En data 30 de setembre de 2019, té entrada al registre de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un informe tècnic emès pel director gerent del GSAIB en resposta al requeriment esmentat al paràgraf anterior.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'imposa una penalitat per incompliment d'un contracte de subministrament mitjançant arrendament sense opció a compra tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública, l'execució del qual correspon a l'entitat pública empresarial GSAIB, en virtut de l'encomana de gestió del Servei de Transport Sanitari Terrestre Urgent.

Contra aquest acte 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 fa referència la imposició de la penalitat 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 recurrent, Ilunion Lavanderías, SA, es troba legitimada per interposar el recurs especial en matèria de contractació i l'ha interposat mitjançant representant acreditat i dins termini adequat.
4. 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, caldria 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.

5. El procediment d'imposició de penalitats que va donar lloc a la Resolució de dia 10 de juliol de 2019 impugnada es va iniciar atès l'incompliment dels terminis de l'oferta de l'empresa adjudicatària. En la Resolució s'imposa una penalitat corresponent a aquell incompliment per import total de 116.500,00 €, de conformitat amb el disposat al punt T del plec de clàusules administratives que regeix el contracte. D'aquesta manera, una vegada tramitat el procediment, la Resolució impugnada va imposar a Ilunion Lavanderias SA, la penalitat consistent en multiplicar 500 euros dia per 233 dies de retard segons l'oferta presentada per l'empresa Ilunion Lavanderias SA.

6. Dit això, per determinar la procedència o no de les penalitats d'acord amb els arguments del 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 el PCAP, per la qual cosa, cal dir que el plec de clàusules administratives particulars (en endavant PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (en endavant PPT) del contracte contenen diverses clàusules d'interès per resoldre el recurs, per incloure penalitats específiques no incloses a l'article 212 del TRLCSP.

La lletra T del quadre de característiques del contracte del PCAP estableix el següent:

T. Penalidades específicas para este contrato no incluidas en el art. 212 TRLCSP

1.- En caso de incumplimiento de plazos parciales:

El adjudicatario está obligado a cumplir la entrega de la dotación inicial de uniformidad, así como todos los elementos ofertados necesarios para la logística de la gestión integral del vestuario, dentro del plazo fijado en su oferta.

Por el incumplimiento del plazo previsto para el inicio del arrendamiento según oferta del adjudicatario se podrán imponer las siguientes penalizaciones:

500 € por cada día natural que sobrepase la fecha máxima de puesta a disposición del suministro inicial de uniformidad indicada en la oferta del adjudicatario.

[...]

Procedimiento:

[...]

Las penalidades se imponen cuando la conducta, los hechos y las causas que generan el incumplimiento o cumplimiento defectuoso sean imputables al contratista, a su organización, a su planificación y a sus medios, a su personal o a terceros que intervengan en la ejecución del contrato por cuenta del contratista.

Si la causa no es imputable al contratista en estos términos, no se aplican penalidades, sin perjuicio de que el órgano de contratación no satisfará precio alguno por un servicio o prestación no ejecutada o ejecutada defectuosamente.

[...]

El órgano de contratación podrá, según la importancia y consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de que se trate, apercibir al contratista o requerirle el cumplimiento de la prestación en los términos pactados concediéndole un plazo adecuado según las circunstancias que concurran, antes de imponer una penalidad o bien atendida la gravedad de la situación causada, proponer directamente la imposición de la penalidad.

El punt 2.1 del PPT, relatiu al nombre de treballadors objecte de la prestació, estableix:

Un número estimado de 500 usuarios con la siguiente distribución:

- Personal de Unidades de Soporte Vital: aproximadamente 430 personas, entre médicos, enfermeros y técnicos.
- Personal del Centro Coordinador: aproximadamente 62 personas, contando médicos, enfermería y teleoperadores.
- Personal de Coordinación/Gestión: aproximadamente 8 personas.

La Gerencia 061 de la Islas Baleares facilitará al adjudicatario el listado de los trabajadores, concretando categoría laboral y ubicación.

La empresa adjudicataria se compromete a mantener una dotación permanente de prendas de cada talla, en una proporción no inferior al 20% del personal objeto del contrato.

El punt 3.1 del PPT, relatiu a l'adaptació del vestuari als professionals, preveu que:

El adjudicatario detallará el sistema que adoptará para la toma de medidas de los profesionales del servicio para encuadrar el tallaje, tanto al inicio del contrato, como en las sucesivas altas de los trabajadores a lo largo del mismo.

Se distinguirán dos perfiles diferentes de usuarios:

- A. Usuario tipo A: Estatutario fijo, temporal interino y fijo laboral.
- B. Usuarios tipo B. Temporal.

Los usuarios de tipo A dispondrán de prendas personalizadas y talladas según necesidades. El adjudicatario será responsable de la adaptación de las piezas a los profesionales, la gestión de los cambios de tallas, altas y bajas que se produzcan durante la vigencia del contrato.

Los usuarios de tipo B dispondrán de prendas con tallajes genéricos. Para el uso y confort correcto de los pantalones de tallaje genérico el adjudicatario dispondrá de dos longitudes por talla.

El punt 3.2 del PPT, relatiu a la identificació de les peces de vestir, estableix que:

El adjudicatario deberá entregar cada prenda con un sistema de identificación del profesional a la que va asignada y la base a la que está adscrito. De tal forma que sea sencillo el seguimiento de la misma, dentro del ciclo entre la recogida y la entrega de la misma.
[...]

El punt 3.3 del PPT relatiu al subministrament inicial del vestuari, preveu que:

En la primera entrega, el adjudicatario proporcionará, en cada centro de los relacionados por la Gerencia del 061 de las islas Baleares, la dotación del vestuario de trabajo correspondiente a cada empleado, facilitando a los usuarios las explicaciones relativas al funcionamiento del servicio, y el calendario de entregas y recogidas, puntos que, además, deben estar indicados mediante carteles explicativos dispuestos en cada uno de los centros.

La dotación mínima se deberá planificar según el perfil del trabajador y, por tanto, los turnos laborales, factores que determinan el número de días semanales trabajados y, por consiguiente, el número de equipamientos que necesita para su labor.

El licitador, para calcular la cantidad de uniformidad necesaria para acometer el contrato, tendrá en cuenta el siguiente cuadro que determina las unidades mínimas de las que cada trabajador habría de disponer semanalmente:
[...]

El licitador indicará, en días naturales, el plazo en que se compromete a tallar y entregara la dotación inicial de vestuario, plazo que no será superior a 180 días desde la formalización del contrato.

I el punt 5 del PPT preveu que:

El adjudicatario presentará, en un plazo máximo de 60 días desde la formalización del contrato a la gerencia del 061 para su aprobación, el calendario exacto de instalación y distribución de los equipamientos necesarios y la uniformidad a suministrar, detallando los procedimientos y las rutinas, ajustándose al plazo de entrega indicado en la oferta.

Todo ello tendrá que estar totalmente definido 30 días antes de la puesta en marcha de la distribución final de los materiales, con el fin de poder ajustar posibles problemas en los circuitos y garantizar la operatividad del sistema desde el comienzo de la prestación del servicio contratado.

L'empresa adjudicatària va incloure en la seva oferta la següent declaració, relativa a criteris objectius avaluables de forma automàtica:

Que Ilunion Lavanderías, SAU se compromete a tallar y entregar la dotación inicial de vestuario en cada centro del 061 de las Islas Baleares en un plazo no superior a 110 días, suponiendo este plazo un adelanto de 10 semanas respecto al periodo establecido en el punto 3.3 del PPT, desde la formalización del contrato.

7. Quant a la primera alegació respecte a la motivació, l'article 88.3 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, disposa que les resolucions han de contenir la decisió, que ha de ser motivada en els casos que preveu l'article 35 del mateix text legal. En concret, la lletra i de l'apartat 1 d'aquest darrer article disposa que s'han de motivar, amb referència succinta de fets i fonaments de dret, els actes que es dicten en l'exercici de potestats discrecionals, com també els que han de ser-ho en virtut d'una disposició legal o reglamentària expressa.

El Tribunal Superior de Justícia de Madrid, en la Sentència de 31 d'octubre de 2006, fa referència a la doctrina jurisprudencial sobre la motivació i manifesta que:

En lo que se refiere a la motivación, ésta tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2003, que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto, motivación que es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución y también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa), que se refuerza en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, que incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. Siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial, el requisito de motivación que tiene por finalidad dar a conocer a los administrados las razones de la decisión, no sólo asegura la seriedad en la formación de la voluntad de la administración, sino que permite al interesado impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; y, en último término, facilita el control que el artículo 106.1 CE, encomienda a los Tribunales de Justicia, habiéndose proclamado que la motivación sucinta o escueta no equivale a ausencia del aludido requisito cuando es suficientemente indicativa [...].

Cal recordar que tant la jurisprudència del Tribunal Constitucional com la jurisprudència ordinària han admès la motivació per referència a informes que formen part de les actuacions, tant sigui de manera expressa (amb la incorporació formal del text de l'informe en el cos de la resolució), com, fins i tot, de manera presumpta, això és, en vista del contingut material de la resolució (motivació *in aliunde*). En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de setembre de 2011 manifesta que:

Es, por tanto, admisible una motivación breve y lacónica que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se apoya la decisión adoptada. En este sentido, se ha aceptado, como motivación constitucionalmente adecuada, la motivación por remisión o *aliunde*, técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite (Auto del Tribunal Constitucional 207/1999, de 28 de julio), porque ello permite conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/2007, de 18 de junio, FJ 3, una fundamentación por remisión «no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3, *in fine*; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo, FJ 4 b); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio, FJ 8; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3], siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca [STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 2 b)] y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite (SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4; y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre, FJ 6).

Quant als efectes de la manca de motivació dels actes administratius, el Tribunal Suprem, en la Sentència d'11 de febrer de 2011, manifesta que:

El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento.

Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, pues solo si se conocen pueden impugnarse. Se trata, en definitiva, de valorar si concurre la indefensión a que se refiere el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez señalado. El defecto de forma "sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos

formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”, nos indica el citado artículo 63.2.

I en diverses sentències de 3 de novembre de 1987, el Tribunal Suprem ha manifestat el següent:

es cierto, según ha venido afirmando la Jurisprudencia, la imposibilidad de imputarse a una resolución falta de motivación cuando se puede llegar a deducir las causas o motivos del propio expediente antecedente de la misma con datos y elementos suficientes para que se pueda llegar a conocer por el afectado, siendo bastante que se desprenda de la conjunta apreciación del contenido de las actuaciones administrativas [...].

D'acord amb la doctrina exposada, el requisit de motivació té per finalitat donar a conèixer a les persones interessades els motius en els quals l'Administració fonamenta els seus actes, de manera que els puguin rebatre si consideren que no s'ajusten a dret mitjançant la interposició d'un recurs degudament fonamentat. A més, aquesta motivació, que pot ser per referència a informes, no requereix de raonaments exhaustius i pormenoritzats, sinó que s'admet una motivació breu i concisa, sempre que sigui suficient perquè les persones interessades coneguin les raons que fonamenten les decisions de l'Administració.

En aquest cas, la Resolució objecte de recurs no fa cap pronunciament sobre les al·legacions de la recurrent i es limita a posar de manifest, en el fet 4, que el 10 de juliol de 2019 el director gerent en resposta a les al·legacions presentades proposa la imposició d'una penalitat per import de 116.500 euros, d'acord amb les clàusules del contracte. El contingut d'aquest informe del director gerent emès en resposta a les al·legacions presentades per la contractista en resposta a la proposta d'imposició de penalitats no s'incorpora ni s'adjunta a la Resolució objecte de recurs, la qual tampoc indica que és en virtut d'aquest informe que es desestimen les al·legacions de la recurrent. Per això, cal concloure que la Resolució objecte de recurs manca de motivació.

Ara bé, com hem dit abans, aquesta absència de motivació pot ésser un vici invalidant o una mera irregularitat en el cas que no s'hagi produït aquest desconeixement dels motius i raons en que es fonamenta la decisió administrativa.

En el present cas, la resolució d'imposició de penalitats de data 10 de juliol de 2019, no es va pronunciar en relació amb les al·legacions efectuades per l'empresa recurrent en el tramit d'audiència, incomplint el disposat als

articles 76 i 88 de la Llei 39/2015, d' 1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

Així, la manca de motivació de la resolució és clara i manifesta, únicament fa referència en el seu punt 4 dels fets a l'informe del director gerent del GSAIB de dia 10 de juliol de 2019 i a més, tampoc es pot considerar una motivació *in aliunde* perquè no incorpora a la resolució el text de l'informe ni tampoc fa esment al contingut del mateix.

Per tot això, s'ha de concloure que de conformitat amb l'article 48.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, es pot considerar un defecte de forma i per tant anul·lable, el qual es pot convalidar esmenant aquest vici i notificant de nou la resolució de l'òrgan de contractació atenent a les al·legacions efectuades per l'empresa recurrent.

Per tant, aquest motiu d'impugnació s'ha d'estimar.

8. En el segon motiu d'oposició la recurrent al·lega la no imputabilitat al contractista dels retards produïts, ateses les circumstàncies alienes a ella.

Com hem dit abans el que s'ha de determinar a l'hora de decidir si és procedent la imposició d'una penalitat és si el supòsit de fet pel qual s'imposa està previst en els plecs que regeixen el contracte i si consta acreditat el fet objectiu que constitueix l'incompliment.

El PPT preveia un termini màxim de 180 dies per a l'entrega de la dotació inicial de vestuari i establia com a criteri d'adjudicació avaluable de manera automàtica la reducció d'aquest termini, fins a un màxim de 10 punts a raó d'un punt per setmana. La recurrent es va comprometre a tenir a disposició la dotació inicial en un termini màxim de 110 dies, suposant una reducció del termini de 10 setmanes, cosa que li va suposar obtenir la màxima puntuació en aquest criteri.

En qualsevol cas, l'empresa adjudicatària disposava d'un termini de 60 dies des de la formalització del contracte, de conformitat amb allò que estableix el punt 5 del PPT, per presentar a la gerència del 061 per a la seva aprovació, el calendari exacte d'instal·lació i distribució dels equips necessaris, així com la uniformitat a subministrar.

En aquest sentit, en el punt 4.2. de l'oferta tècnica de l'empresa ILUNION s'assenyala el següent:

«4.2 Implantación de servicio

4.2.1 Timing de implantación.

En el caso hipotético de adjudicación, Ilunión pondrá a disposición del 061, un timing de implantación, con el calendario exacto de instalación y distribución de los equipamientos necesarios, reflejando la uniformidad a suministrar para cada tipo de usuario en cada zona.

Se detallarán los plazos estimados por el equipo de Ilunión, así como los procedimientos necesarios y rutinas, que garanticen una entrada optima del servicio de Gestión Integral de Uniformidad Laboral tanto para el cliente como para Ilunion.

30 días anterior a la puesta en marcha, el plan estará totalmente definido y ajustado, a consenso con el 061, con el fin de garantizar el comienzo del servicio de acuerdo a la fecha pactada».

Aquesta formalitat, d'acord amb els documents que obren a l'expedient, ens consta que no es va produir.

En l'informe proposta d'imposició de la penalitat el director gerent de GSAIB va manifestar que la dotació inicial prevista en el PCAP i en l'oferta de l'adjudicatària no s'havia fet efectiva en la data en que s'havia de lliurar —25 de setembre de 2018—, i que a dia de l'emissió de l'informe proposta d'imposició de penalitats, dia 16 de maig de 2019, s'havien anat fent entregues puntuals que no cobrien la dotació inicial.

— La primera circumstància que al·lega la recurrent és un canvi substancial de dotació de la uniformitat i unitats d'articles per part de l'òrgan de contractació, que va provocar un retràs en l'execució del contracte, circumstància que es va agreujar per la suspensió, mesos abans, de la resolució d'adjudicació, en virtut d'un recurs especial interposat contra aquesta resolució per part d'una altra empresa licitadora al procediment, la qual cosa va suposar un retard a l'hora d'encomanar les teles al proveïdor i per tant un retràs en la prestació del servei.

Vist que la proposta dels canvis de dotacions es va efectuar verbalment en conversacions entre el contractista i el responsable de l'administració i resulta difícil determinar, segons la documentació i correus electrònics que obren dins l'expedient qui va impulsar la proposta de canvi i atès que aquesta circumstància no pot perjudicar al contractista, se li ha d'estimar aquest motiu d'impugnació.

— Quant a l'al·legació relativa a l'augment del nombre previst de 600 treballadors a uniformar, que va resultar superior als 500 prevists en els plecs, volum pel qual segons manifesta el recurrent l'empresa no podia estar preparada per complir els termes prevists i superava el 20% de

seguretat que marcaven els plecs, cal indicar que l'apartat 2.1 del PPT estableix el següent:

« 2.1 . Número de trabajadores

Un número estimado de 500 usuarios con la siguiente distribución:

- Personal de Unidades de Soporte Vital: aproximadamente 430 personas, entre médicos, enfermeros y técnicos.

- Personal del Centro Coordinador: aproximadamente 62 personas, contando médicos, enfermería y teleoperadores.

- Personal de Coordinación /Gestión: aproximadamente 8 personas.

La Gerencia 061 de las Islas Baleares facilitará al adjudicatario el listado de los trabajadores, concretando categoría laboral y ubicación.

La empresa adjudicataria se compromete a mantener una dotación permanente de prendas de cada talla, en una proporción no inferior al 20% del personal objeto del contrato.»

Cal dir que d'acord amb l'apartat A.1 del quadre de característiques del contracte del PCAP, ens trobam en el cas d'un contracte de subministrament per preus unitaris i en compliment del disposat a l'article 9.3. del TRLCSP, l'empresari s'obliga al lliurament de forma successiva dels béns segons necessitats de l'Administració i per tant la quantia total no es necessària que es defineixi amb exactitud el moment de celebrar el contracte i ha de tenir un pressupost màxim (que és el pressupost de licitació).

La disposició addicional trenta-quatrena del mateix cos legal estableix la possibilitat de tramitar un modificat en el cas que les necessitats reals fossin superiors a les estimades inicialment.

Atès el que preveu el PPT, el nombre de treballadors és un nombre estimat i era la gerència del 061 qui havia de facilitar el llistat a l'empresa.

Així, l'empresa contractista era coneixedora a l'hora de presentar la seva oferta, que el nombre de treballadors era una mera estimació, essent perfectament previsible l'augment del nombre de treballadors com així es despenia del plec.

En un informe del director executiu de desenvolupament del negoci de 31 de maig de 2019 relatiu a la recollida de talles i mides, hi consta que el llistat era de 676 treballadors.

En aquest informe la recurrent conclou que s'havia superat en 176 el nombre de treballadors previst en els plecs, la qual cosa suposava un excés del 35% del pressupost i això excedia el 20% de stock.

Cal indicar que la recurrent s'equivoca fent el càlcul damunt 500 treballadors. Els plecs preveien que l'adjudicatària s'havia de comprometre a mantenir una dotació permanent de peces de cada talla en una proporció no inferior al 20% del personal objecte del contracte i l'adjudicatària va oferir disposar d'un stock de peces per a noves incorporacions o situacions d'urgència d'un 20% del muntant inicial de posada en funcionament.

Tot i què el PPT no indicava un nombre exacte d'usuaris sinó una estimació, a finals del mes d'agost de 2018, data que l'empresa recurrent declara haver realitzat la comanda al seu proveïdor, ja era coneixedora del volum de treballadors.

Així, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

— En tercer lloc, la recurrent al·lega que els treballadors s'havien mostrat passius i no disponibles a l'hora de recollir talles i mides. Això havia suposat que l'empresa no havia pogut fer la comanda al seu proveïdor fins a finals del mes d'agost.

De l'expedient no es desprèn que els treballadors hagin tingut aquesta actitud. En tot cas, era l'empresa qui enviava tan sol un operari a prendre mides i, a més, tal com afirma la recurrent, el temps a que es va comprometre era inviable per aquest volum de personal.

D'acord amb l'informe de dia 26 de setembre de 2019 emès pel director gerent del GSAIB, a requeriment de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, aquests problemes de talles als que al·ludeix la recurrent són imputables a l'empresa i per tant la responsable de disposar dels recursos humans, materials i tecnològics necessaris per a la correcta prestació del servei.

La recurrent adjunta en la seva oferta tècnica un « *supuesto cronograma sujeto a formalización de contrato en el caso hipotético de adjudicación* », en el qual s'estableix un termini de quatre setmanes per recollir talles i mides i a més en el punt 4.2.2 de la seva oferta tècnica declara que « *la persona responsable de Ilunion se encargará de reservar un día en cada uno de los centros que le corresponda (...)* ».

D'acord amb l'informe de presa de talles i mides de dia 31 de maig de 2019 del director executiu de desenvolupament de negoci, la presa de talles es va dur a terme en un termini de dos mesos, però dedicant tan sols 12 dies a Mallorca, 3 dies a Menorca i 2 dies a Eivissa i Formentera.

Pel que fa al protocol de presa de talles, d'acord amb els correus electrònics que obren a l'expedient, l'empresa ILUNION va incomplir allò que declarava en la seva oferta, ja que no es va dur a terme en cada un dels centres de l'annex 2 del PPT, sinó que es va convocar a tots els usuaris a tallar en un dia per una sola persona i no en tots els centres sinó agrupant-los, com per exemple tots els de Mallorca a Son Dureta, o un grup a Son Dureta i un altre a Can Picafort.

El director gerent de GSAIB, en l'informe en resposta a les al·legacions de la recurrent va manifestar que, d'acord amb el PPT, l'adjudicatària era l'única responsable del sistema que adoptés per prendre les mides dels treballadors, tant a l'inici del contracte com en les successives altes dels treballadors al llarg d'aquest.

Crida l'atenció que l'empresa manifesti que l'actitud dels treballadors havia suposat que l'empresa no havia pogut fer la comanda al seu proveïdor fins a finals del mes d'agost, ja que entenem que hagués pogut fer comandes parcials sense haver d'esperar a tenir totes les talles i mides.

Així, més bé es tractaria, en tot cas, d'una manca de previsió per part de l'empresa i això entraria dins l'àmbit organitzatiu de l'empresa.

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

— En quart lloc, la recurrent al·lega que l'òrgan de contractació havia provocat alguns dels retards imputats a l'empresa, ja que, un cop etiquetada i empaquetada en plàstic l'entrega en carros per a la seva distribució havia demanat que aquesta es realitzés en capses de cartró individuals per a cada treballador.

D'acord amb l'oferta de l'empresa, el subministrament de la dotació inicial de vestuari s'havia d'entregar en la taquilla personalitzada de cada usuari el dia pactat.

A més, pel que fa a la roba neta, l'empresa se va comprometre a entregar-la en les taquilles de cada treballador etiquetada amb el nom del treballador, número de taquilla i codi de barres, i empaquetada «de manera que es crea

una barrera física entre la roba neta i l'exterior per evitar la contaminació d'aquesta».

El PPT preveu el subministrament de taquilles per a emmagatzematge amb un sistema d'identificació on el treballador disposarà de la roba neta, i que les peces seran rentades, secades, planxades i correctament embossades.

Tal com manifesta el director gerent de GSAIB en l'informe en resposta a les al·legacions de la recurrent, aquesta va indicar en la seva oferta tècnica i en concret en el punt 4.2.2 que un cop revisades i definides totes les talles dels usuaris per clients, s'entregaria la dotació pactada personalitzada per a cada individu.

L'empresa era la única responsable de disposar dels recursos materials i tecnològics i de medis humans que considerés necessaris per a la correcta prestació del servei.

Per tant, el retard és imputable clarament a l'adjudicatària que havia de lliurar la dotació personalitzada.

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

9. Finalment, l'empresa declara la manca de proporcionalitat de la mesura proposada, atès que l'apartat T del plec de clàusules administratives preveia també la possibilitat que l'òrgan de contractació, en cas d'incompliment o compliment defectuós de l'objecte del contracte, advertís a l'empresa de manera prèvia el compliment de la prestació en els termes pactats, atorgant un termini adequat i tot això abans d'imposar una penalitat.

Tal com queda reflectit als informes de 10 de juliol de 2019 i 26 de setembre de 2019 del director gerent del GSAIB, la dotació inicial prevista en el plec i en l'oferta no es va lliurar el dia pactat, la qual cosa havia provocat la citació de l'entitat GSAIB davant la Inspecció de Treball i Seguretat Social per incompliment del conveni col·lectiu aplicable, atès que els treballadors de Menorca no disposaven de la uniformitat efectiva. A més, la demora en la entrega del vestuari estava ocasionant problemes molt greus al personal del Servei de Transport Sanitari Urgent, atès que els uniformes dels treballadors es consideren Equips de Protecció Individual (EPI's) i que a dia 10 de juliol de 2019, data de l'informe, el personal no comptava encara amb la dotació completa d'uniformitat, tot i que s'havia reclamat a l'empresa en nombroses ocasions, i que el nombre de peces

entregades era insuficient per garantir la disponibilitat de roba neta suficient per als treballadors.

En relació amb la mesura adoptada, certament d'acord amb el PCAP, l'òrgan de contractació pot, segons la importància i conseqüències de l'incompliment, apercebre al contractista o requerir-li el compliment de la prestació, concedint-li un termini adequat abans d'imposar una penalitat, o bé, atesa la gravetat de la situació causada, proposar directament la imposició de la penalitat.

S'ha de recordar al recurrent que l'establiment d'un nou termini d'entrega, com preveu la clàusula vuit del PCA, es pot acordar si el retard no és imputable al contractista, d'acord amb el que estableix l'article 213.2 del TRLCSP.

Així, pels motius exposats, l'òrgan de contractació va considerar oportú, imposar directament la penalitat avalat per les previsions del PCAP, atesa la gravetat de la situació.

La recurrent explica que la penalitat és especialment costosa, tant per la viabilitat financera del contracte i de l'empresa, com pels treballadors i tercers adscrits a la prestació, atès que suposa l'equivalent al volum de facturació de quasi quatre mensualitats.

A més, la recurrent recorda que, si no tots, la majoria dels retards no són imputables a l'empresa i que alguns són directament imputables a l'òrgan de contractació i, per això, s'haurien de descomptar almenys els 41 dies en que hi va haver problemes de talles —del 17 de juliol al 24 d'agost—, els 20 dies des que estaven preparades les comandes en carros fins a l'entrega en capsos individualitzades a petició de l'òrgan de contractació i també, almenys, els 20 dies que com a mínim va suposar la modificació de la proposta inicial de l'òrgan de contractació.

Respecte als 20 dies que afecten a la modificació de la uniformitat atès que no es pot determinar de quina de les dues parts va sorgir la proposta i que en qualsevol cas no pot perjudicar al contractista, cal considerar no penalitzables aquests 20 dies.

En tot cas, la recurrent entén que no són penalitzables els primers 110 dies des de la firma del contracte.

Com hem dit abans, la recurrent manifesta que no se l'hauria de penalitzar pels 41 dies que hi va haver problemes de talles, concretament, del 17 de juliol al 24 d'agost de 2018.

Cal dir que, es penalitza a l'empresa pel període de 110 dies comprés entre el 26 de setembre de 2018, dia següent de la data màxima que disposava l'empresa per lliurar la dotació inicial (dia 25 de setembre de 2018), fins a la data de l'informe proposta d'imposició de la penalitat, dia 16 de maig de 2019, per la qual cosa els 41 dies que al·lega la recurrent (del 17 de juliol al 24 d'agost de 2018) no estan penalitzats.

Finalment, pel que fa als 20 dies que estaven preparades les comandes en carros fins a l'entrega en caps individualitzades i segons allò establert al punt 4.2.2 de l'oferta tècnica de l'empresa adjudicatària, abans reproduïda, l'administració no pot assumir aquests 20 dies, ja que aquesta dotació i d'acord amb l'oferta s'havia de lliurar de manera personalitzada i no en carros.

Així, cal considerar aquest retard com penalitzable i imputable al recurrent.

Per tant, als 233 dies inicials de retard, comptats des de dia 26 de setembre de 2018 fins dia 16 de maig de 2019, se li han de descomptar els 20 dies corresponents a la modificació de la dotació i el termini de retard resultant és de 213 dies que a raó de 500 euros de penalitat per dia de retràs suposa una penalitat total de 106.500,00 euros.

Per altra banda, l'import de la penalitat no supera el màxim del 10% del pressupost del contracte, xifrat en 1.871.337,60 euros, previst en el PCAP.

Per tot l'anterior, dict el següent

Acord

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Ilunion Lavanderías, SA, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de 10 de juliol de 2019, per la qual s'acorda imposar penalitats a l'empresa per incompliment dels terminis de la seva oferta en l'expedient de contractació SSCC PA 321/17 i retrotreure les actuacions al moment de quantificar la penalitat, que hauria de quedar reduïda a un total de 106.500,00 euros, i dictar la nova resolució d'imposició de penalitats que s'haurà de motivar adequadament.

2. Notificar aquest Acord a Ilunion Lavanderías, 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.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero