



Exp. Junta Consultiva: RES 1/2021 i RES 2/2021

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de subministrament, muntatge, posada en funcionament i manteniment, mitjançant arrendament amb opció de compra, de llits i mobiliari d'hospitalització per al nou hospital Can Misses d'Eivissa. SSCC PASU 131/2013

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: Hill-Rom Iberia, SLU

### **Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 29 d'abril de 2021**

Atès el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Hill-Rom Iberia SLU, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears de dia 23 de novembre de 2020, per la qual s'aproven les deduccions corresponents al segon trimestre de 2020 (RES1/2021) i tercer trimestre de 2020 (RES 2/2021) relatives als incompliments del contracte de subministrament, muntatge, posada en funcionament i manteniment, mitjançant arrendament amb opció de compra, de llits i mobiliari d'hospitalització per al nou hospital Can Misses d'Eivissa, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 29 d'abril de 2021, ha adoptat l'Acord següent:

#### **Fets**

1. El 20 de desembre de 2013, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i el representant de Hill-Rom Iberia, SLU, (en endavant la recurrent), varen signar el contracte de subministrament, muntatge, posada en funcionament i manteniment, mitjançant arrendament amb opció de compra, de llits i mobiliari d'hospitalització per al nou hospital Can Misses d'Eivissa.

El termini d'execució del contracte, d'acord amb el que preveu la lletra C del plec de clàusules administratives (d'ara en endavant PCAP), és de set anys a comptar des de la formalització del contracte, sense possibilitat de pròrroga i per un import de 1.613.795,18 euros, IVA inclòs.

La clàusula tercera del plec de prescripcions tècniques (d'ara en endavant PPT) estableix que l'adjudicatari una vegada subministrats els equipaments i acceptats per l'IbSalut, tindrà dret a facturar mensualment un termini d'amortització de la inversió i trimestralment un termini de manteniment integral dels equipaments.

El PPT estableix també unes condicions de disponibilitat del mobiliari d'hospitalització i llits, que en cas d'incompliment dóna potestat a l'IbSalut, per l'aplicació de penalitzacions que s'aplicaran deduïnt l'import de les mateixes a la factura trimestral de manteniment integral.

La lletra P del PCAP preveu el pagament per disponibilitat d'una factura trimestral post-pagable segons l'oferta econòmica i les eventuais deduccions a aplicar al pagament per disponibilitat, que es determinaran durant els trenta dies posteriors a la factura trimestral emesa.

La lletra T del PCAP preveu l'aplicació de penalitats específiques del contracte per la demora en la resolució d'incidències.

2. El 20 de novembre de 2020, el cap de servei d'Enginyeria i Manteniment va emetre informe en relació amb els incompliments produïts en el servei de disponibilitat i manteniment integral de l'equipament establert en el contracte de subministrament i manteniment de llits i mobiliari d'hospitalització del nou hospital Can Misses d'Eivissa.

D'una banda, es refereix a l'incompliment per part de l'empresa adjudicatària dels temps de reparació estipulats en el contracte durant el període corresponent al segon trimestre de l'any 2020 i de l'altra, es refereix al mateix incompliment referit al tercer trimestre de l'any 2020.

En aquest informe es fa constar que l'import que es correspon amb les incidències produïdes pels incompliments per superar els temps de reparació establerts en el contracte, en el segon trimestre de l'any 2020 ( RES 1/2021) és de 81.772,97 euros, sense IVA, i el que es correspon amb el tercer trimestre de 2020 (RES 2/2021) és de 19.353,79 euros, sense IVA.

3. El 23 de novembre de 2020, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears, d'acord amb l'exposat a l'informe tècnic esmentat al punt segon, va dictar les Resolucions per les quals s'aproven les deduccions del servei de disponibilitat i manteniment corresponent al segon trimestre de l'any 2020 per un import de 98.945,29 euros, IVA inclòs i al tercer trimestre de l'any 2020 per un import de 23.418,09 euros, IVA inclòs. Aquestes Resolucions es varen notificar a la recurrent el 26 de novembre de 2020.
4. El 26 de desembre de 2020, el representant de l'empresa Hill-Rom Iberia, SLU, va interposar davant el Servei de Salut de les Illes Balears dos recursos especials en matèria de contractació contra les Resolucions del director general del Servei de Salut de les Illes Balears de data 23 de novembre de 2020.
5. Els recursos es varen rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears dia 12 de gener de 2021.

La recurrent fonamenta els dos recursos en els arguments següents:

1. Les incidències que han donat lloc a les deduccions, són conseqüència de les mesures adoptades en matèria de contractació pública per la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i la resta d'ens públics degut a la crisi sanitària provocada per la Covid-19 i, per tant dificultant una adequada resposta en temps de les incidències presentades.
2. La recurrent al·lega errors en la resolució recorreguda, ja que algunes incidències que es detallen en la resolució no es corresponen amb equipaments de l'empresa Hill-Rom Iberia, SLU i altres, no formen part de l'objecte d'aquests contracte, així com les dades de resolució de l'avaria que consten a la resolució impugnada no coincideixen amb la data real que es va solucionar l'avaria.

Amb aquests arguments, la recurrent demana que s'estimin els recursos especials interposats i es declari nul·les les Resolucions impugnades, en concret, la imposició de penalitats per les incidències produïdes en el segon trimestre de 2020 i el tercer trimestre de 2020, relatives a l'incompliment del servei de disponibilitat i manteniment integral de l'equipament establert en el contracte de subministrament i manteniment de llits i mobiliari d'hospitalització del nou hospital Can Misses d'Eivissa.

6. El 2 de febrer de 2021, el cap de servei d'enginyeria i manteniment, amb el vistiplau del subdirector de Gestió i Serveis Generals de l'àrea de salut d'Eivissa i Formentera, emet dos informes tècnics en relació amb les al·legacions presentades per la recurrent en els seus recursos, estimant en part les al·legacions i rebaixant l'import de la deducció fins a l'import de 24.736,96 euros, sense IVA en el RES 1/2021 i fins a un import de 2.819,76 euros, sense IVA, en el RES 2/2021.
7. El 8 de febrer de 2021, l'assessora tècnica del Departament Jurídic del servei de Salut de les Illes Balears, emet informe jurídic preceptiu en relació amb les al·legacions presentades en els recursos interposats per l'empresa recurrent.

### **Fonaments de dret**

1. Els actes objecte de recurs són les Resolucions dictades pel director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de data 23 de novembre de 2020, per les quals s'aproven les deduccions corresponents al segon i tercer trimestre respectivament de 2020, en relació amb els incompliments produïts en el servei de disponibilitat i manteniment integral de l'equipament establert en el contracte de subministrament i manteniment de llits i mobiliari d'hospitalització del nou hospital Can Misses d'Eivissa tramitats pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'Administració pública.

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. 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 l'aprovació de les deduccions es va iniciar l'any 2013, 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'article 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, disposa que:

L'òrgan administratiu que iniciï o tramiti un procediment, independentment de quina hagi estat la forma de la seva iniciació, pot disposar, d'ofici o a instància de part, la seva acumulació a d'altres amb els quals guardi identitat substancial o íntima connexió, sempre que sigui el mateix òrgan qui hagi de tramitar i resoldre el procediment.

En el present cas, s'aprecia que els recursos interposats per l'empresa Hill-Rom Iberia, SLU, es dirigeixen contra les resolucions del director general del Servei de Salut de les Illes Balears de dia 23 de novembre de 2020, els motius d'impugnació són els mateixos, es corresponen amb el mateix contracte i coincideix el motiu de les incidències, un es refereix a les incidències produïdes durant el segon trimestre de l'any 2020 i l'altre a les incidències produïdes durant el tercer trimestre de 2020. Per tant, d'acord amb els principis d'economia processal i agilitat del procediment, és convenient acumular els dos recursos de manera que se substanciïn en un únic procediment i en una sola resolució.

4. L'empresa Hill-Rom, Iberia, SLU es troba legitimada per interposar el recurs especial en matèria de contractació i l'ha interposat mitjançant un representant acreditat i dins el termini adequat.
5. Abans d'entrar a analitzar les alegacions de la 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 Sentències 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.

La resolució del recurs 4/2013 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears cita textualment:

«Es necesario recordar que la finalidad que la Administración persigue con la imposición de penalidades es, esencialmente, de carácter coercitivo para garantizar el cumplimiento contractual y por tanto, las penalidades responden al incumplimiento obligacional, de manera tal que se enmarcan en los poderes de dirección, inspección y control de que dispone el órgano de contratación en garantía del interés público».

6. Els expedients de deducció, corresponents al segon i tercer trimestre de 2020, pels incompliments de l'empresa Hill-Rom Iberia, SLU, respecte a les seves obligacions contractuals i que varen donar lloc a la resolució impugnada, es

varen iniciar en virtut de l'informe tècnic emès pel cap de servei d'Enginyeria i Manteniment dia 20 de novembre de 2020.

La motivació de totes les incidències que han donat lloc a les deduccions del segon i tercer trimestre de 2020, d'acord amb allò exposat a l'informe tècnic abans esmentat, indica que l'empresa Hill Rom Iberia, SLU, ha incomplert els temps de reparació estipulats en el contracte.

El PPT estableix en el punt 7.2 que és obligació de l'adjudicatari implantar un programa de manteniment integral al llarg de la vida del contracte, prèvia aprovació de l'Ib-Salut, on ha d'incloure com a mínim els aspectes següents: manteniment preventiu; manteniment correctiu, manteniment d'actualització, manteniment tècnic legal, així com els medis humans i materials necessaris per al compliment de l'objecte del contracte.

Per tot això, el PPT estableix unes condicions de disponibilitat del mobiliari d'hospitalització i llits, que en cas d'incompliment donaran la potestat a l'Ib-Salut per a l'aplicació de les penalitzacions oportunes, que s'aplicaran deduïnt el seu import a la factura trimestral del manteniment integral.

També consta en el PPT, l'obligació de l'empresa adjudicatària d'integrar-se en el sistema OPTIMA, que és una eina de gestió dels serveis i control de la facturació i recull totes les incidències que es produeixen en els equipaments del contracte.

Segons consta en l'informe tècnic, en el segon trimestre de 2020 s'han registrat en el sistema Optima vint-i-vuit incidències i respecte al tercer trimestre de 2020, s'han registrat catorze incidències.

Així, l'import de la penalització pel segon trimestre de 2020 ascendeix a 81.772,97 euros, sense IVA i l'import corresponent al tercer trimestre de 2020 és de 19.353,79 euros, sense IVA.

7. Cal tenir en compte el que va preveure el PCAP del contracte concret, que juntament amb el PPT i el document contractual havien de contenir les

condicions de la contractació, així com assenyalar els drets i obligacions de les parts i que són d'interès per resoldre el recurs.

La clàusula P relativa al pagament del preu estableix el següent:

-» PAGO DEL PRECIO. Art. 216 y 293 TRLCSP. El contrato se licita como arrendamiento con opción de compra. El importe máximo de licitación queda desglosado en 7 anualidades (84 mensualidades en inversión) que se corresponden con el plazo de duración del contrato.

Pago de la amortización de los equipos: Factura mensual postpagable, según mensualidades correspondientes a la oferta económica de la inversión, ajustado al correcto funcionamiento de los equipos en la fecha prevista, y las actualizaciones y reposiciones realizadas en el momento temporal establecido.

Pago por disponibilidad : Factura trimestral post-pagable, según oferta económica. Las eventuales deducciones a aplicar al pago por disponibilidad se determinarán durante los 30 días posteriores a la factura trimestral emitida.  
(...)

Continua la clàusula T del PCAP relativa a les penalitats específiques no incloses en l'article 212 del TRLCSP indicant el següent:

Indicador	Valor garantizado	Penalización
TIEMPO DE RESPUESTA	Inferior a 2 horas	1% de la factura trimestral de mantenimiento, por cada hora o fracción de hora de retraso
TIEMPO DE SUSTITUCIÓN	Inferior a 5 horas	1% de la factura trimestral de mantenimiento, por cada hora o fracción de hora de retraso
TIEMPO DE REPARACIÓN	Inferior a 168 horas.	1% de la factura trimestral de mantenimiento, por cada 24 horas o fracción de retraso

«Los valores de Rangos de Penalización corresponden a la disponibilidad de cada uno de los equipos en el trimestre de análisis. La penalización total será el sumatorio de las penalizaciones de los equipos cuya disponibilidad haya estado por



debajo del valor garantizado cuyos tiempos de respuesta, de sustitución y de reparación estén por encima de los valores garantizados.  
(...)”

#### D'acord amb allò que disposa la 7.1 del PPT:

« Para el mobiliario de hospitalización y camas objeto del presente contrato, el adjudicatario proporcionará valores adecuados de disponibilidad garantizando unos tiempos de respuesta ante averías, tiempos de sustitución y reparación, ante cualquier incidencia acumulada por el Ib-salut.

Los parámetros que servirán para determinar una adecuada disponibilidad para el mobiliario de hospitalización y camas ante una incidencia comunicada por el b-salut, serán los siguientes:

A.- TIEMPO DE RESPUESTA: Definido como el tiempo transcurrido entre la comunicación de la incidencia por parte del Ib-salut y la presencia física del adjudicatario en el lugar de ubicación del equipo objeto de la incidencia, para comprobar la existencia de avería. El tiempo máximo de respuesta será de 2 horas.

B.- TIEMPO DE SUSTITUCIÓN: Definido como el período de tiempo comprendido entre la comunicación de la incidencia por avería y la sustitución del equipo por otro de reserva y propiedad del adjudicatario, mientras se lleva a cabo la reparación. El tiempo máximo de sustitución será de 5 horas.

C.- TIEMPO DE REPARACIÓN: Definido como el período de tiempo comprendido desde la comunicación de la incidencia, la reparación en el taller del equipo averiado y su traslado a su ubicación original. El tiempo máximo de reparación será de 168 horas.

(...)

De acuerdo a los parámetro indicadores definidos, en el caso de que la empresa adjudicataria incumpla los mismos, el Ibsalut tendrá la potestad de aplicar las penalizaciones oportunas sobre las facturas trimestrales de mantenimiento integral.

Las eventuales deducciones a aplicar al pago por disponibilidad se determinarán durante los 30 días posteriores a la factura trimestral emitida y se descontarán en la factura del trimestre en curso. Serán las correspondientes a la siguiente tabla:

Indicador	Valor garantizado	Penalización
TIEMPO DE RESPUESTA	Inferior a 2 horas	1% de la factura trimestral de mantenimiento, por cada hora o fracción de hora de retraso
TIEMPO DE SUSTITUCIÓN	Inferior a 5 horas	1% de la factura trimestral de mantenimiento, por cada hora o fracción de hora de retraso
TIEMPO DE REPARACIÓN	Inferior a 168 horas	1% de la factura trimestral de mantenimiento, por cada 24 horas o fracción de retraso

8. La recurrent s'oposa a la Resolució que var donar lloc a les deduccions, al·legant essencialment els motius d'oposició esmentats en el fet 5<sup>è</sup> els quals s'aniran analitzant seguidament contrastant els arguments amb allò previst en els plecs i en les resolucions impugnades. Per determinar la procedència o no de les deduccions d'acord amb els arguments de la recurrent, cal comprovar si consten acreditats els fets objectius que constitueixen els incompliments.

8.1 En el primer motiu d'oposició, la recurrent al·lega una força major ja que les incidències que han donat lloc a les deduccions, són conseqüència de les mesures adoptades en matèria de contractació pública per la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i la resta d'ens públics degut a la crisi sanitària provocada per la Covid-19 i, per tant dificultant una resposta adequada en temps de les incidències presentades, tot i que l'empresa adjudicatària no ha deixat cap incidència sense resoldre.

Concretament, la recurrent al·lega que aquesta força major per la situació d'emergència sanitària provocada per la Covid-19 ha provocat un retràs en l'execució de l'objecte del contracte i, per tant, un retard en el temps de resposta a les incidències notificades pel servei de salut de les Illes Balears, ateses les mesures i restriccions de caràcter extraordinari adoptades pels poders públics.

Així, a parer de la recurrent, aquesta força major i les seves conseqüències han de suposar un repartiment equitatiu dels perjudicis ocasionats.

El Dictamen recent 769/2020, de 28 de gener de 2021, del Consell d'Estat, disposa que ja s'ha destacat reiteradament per part d'aquest Consell que tot contracte estableix una relació jurídica entre les parts, inalterable i obligatòria i un dels seus elements essencials és que l'execució dels contractes es fa a risc i ventura del contractista:

«El principio de que los contratos han de realizarse a riesgo y ventura del contratista ha sido interpretado (entre otras muchas, por la Sentencia de 30 de abril de 1999 del Tribunal Supremo, en la misma línea de otra de 20 de enero de 1984, del mismo tribunal) en el sentido de que asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor, o incluso perder cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato. Se deriva de todo ello que el contratista asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en la prestación de los suministros, pues la obligación del contratista es una obligación de resultado, no de actividad».

La seva excepció única és la força major o el cas fortuït, però aquest succés inevitable o imprevisible no faculta per si sol a una part per incomplir les seves obligacions contractuals, ja que, per poder invocar la força major el compliment del negoci jurídic ha d'esdevenir impossible pel contractista.

En aquest context, cal tenir en compte que tant l'Estat com la Comunitat Autònoma varen adoptar múltiples mesures urgents i extraordinàries per fer front a l'impacte econòmic i social de la pandèmia.

En matèria de contractació, les mesures es varen establir en l'article 34 del Reial decret llei 8/2020, de 17 de març (d'ara en endavant RDL 8/2020), de mesures urgents extraordinàries per fer front a l'impacte econòmic i social de la COVID-19 (modificat en virtut del Reial decret llei 11/2020, de 31 de març, pel qual es varen adoptar mesures urgents i complementàries en l'àmbit social i econòmic per fer front al COVID-19 i del Reial decret llei 17/2020, de 5 de maig de 2020, pel qual es varen adoptar mesures de suport al sector cultural i de caràcter tributari per fer front a l'impacte econòmic i social de la COVID-19).

Més concretament, en relació amb els contractes de serveis i subministrament de prestació successiva, l'execució dels quals esdevengui impossible com a conseqüència de la COVID-19, l'article 34 va preveure, en el seu apartat primer, el següent:

«1. Los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración Local para combatirlo, quedarán suspendidos total o parcialmente desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificará al contratista el fin de la suspensión.  
(...)»

La suspensió i la pròrroga dels contractes prevists en l'article 34.1, abans esmentat, es projecta sobre un tipus concrets de contractes de serveis o subministrament, els contractes recurrents o de prestació successiva. En aquests contractes, el contractista es compromet a desplegar una activitat durant un període de temps determinat, és a dir, s'obliga a realitzar el servei o subministrament de forma successiva.

Tot i que la regulació de l'article 34.1 afecta amb caràcter general a tots els contractes de serveis i subministrament de naturalesa successiva, s'han d'excloure els necessaris per la prestació de serveis sanitaris i farmacèutics vinculats amb la crisi sanitària de la COVID-19. La idea d'aquesta exclusió només pot partir de la consideració que en aquests contractes no es donaria mai la impossibilitat d'execució derivada de la paralització d'activitats conseqüència de la COVID-19, que és el supòsit de fet d'on parteix aquest precepte per regular la suspensió de contractes, ja que en el Reial decret 463/2020, de 14 de març, pel qual es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de la crisi sanitària

ocasionada per la COVID-19, s'estableix que les administracions públiques autonòmiques i locals mantindran la gestió, dins l'àmbit de la seva competència, dels corresponents serveis sanitaris, assegurant en tot moment el seu funcionament adequat.

Tractant-se de serveis essencials s'han de continuar realitzant les prestacions successives dels contractes de serveis i subministrament relacionats amb la prestació d'assistència sanitària sense que puguin quedar paralitzats.

De tot això, es pot extreure com a conclusió que les mesures extraordinàries previstes en matèria de contractació en el RDL 8/2020, no s'estenen als contractes necessaris per garantir la prestació d'assistència sanitària.

Ara bé, en aquells contractes de tracte successiu on l'execució del contracte s'ha vist compromesa, però no impossibilitada, com a conseqüència dels efectes de la COVID-19 o de les mesures adoptades per les Administracions Públiques per contenir-lo, l'article 34 esmentat no estableix cap tipus d'efecte.

Tampoc existeix en l'article 34.1 una previsió que assimili la Covid-19 a la força major amb caràcter general.

Cal indicar que, a l'Informe de dia 1 d'abril de 2020 de l'Advocacia de l'Estat relatiu a l'aplicació i interpretació de l'article 34.1 del RDL 8/2020 s'exposa el següent:

«En la hipótesis derivada, a sensu contrario, del artículo 34.1 del Real Decreto-Ley 8/2020 de que la ejecución no sea «imposible», la ejecución del contrato sigue siendo obligatoria para el contratista, sin que las medidas generales adoptadas en el estado de alarma, puedan invocarse por la empresa contratista como perjuicios resarcibles por la Administración contratante, pues el Real Decreto-Ley 8/2020 no prevé su resarcimiento y se trata, además, de inconvenientes o perjuicios derivados de medidas generales adoptadas por el Gobierno en una situación excepcional que, como tales, todos tienen el deber jurídico de soportar.

(...)

La imposibilidad supone la inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato, lo que no sucede cuando éste pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que pueda ejecutarse.»

En qualsevol cas, tampoc resulta d'aplicació el Decret llei autonòmic 4/2020, de 20 de març, pel qual s'estableixen mesures urgents en matèria de contractació, convenis, concerts educatius i subvencions, serveis socials, medi ambient, procediments administratius i pressuposts per fer front a l'impacte econòmic i social de la Covid-19.

En el cas que ens ocupa, ens trobam davant d'un contracte de subministrament de prestació successiva, és a dir de tracte continuat (el servei de manteniment del mobiliari d'hospitalització de l'hospital Can Misses d'Eivissa) lligat a una prestació de caràcter sanitària i que té caràcter d'essencial.

En aquest cas, el contractista, prèvia justificació per la qual els retards no li eren imputables, podria haver sol·licitat una pròrroga dels terminis d'acord amb el que preveu la clàusula 27.4 del PCAP i l'article 213.2 del TRLCSP.

L'article 213.2 del TRLCSP cita textualment:

«Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos, dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiera otro menor».

Seguidament, la clàusula 27.4 del PCAP estableix:

«Si se produjera retraso en el cumplimiento de los plazos por causas no imputables al contratista, la Administración podrá, a petición de éste o de oficio, conceder la prórroga adecuada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 213.2 de TRLCSP».

Així, i de la documentació que obra dins l'expedient, la recurrent no va sol·licitar a l'òrgan de contractació una ampliació del termini d'execució per justificar el retard produït degut a la crisi sanitària ocasionada per la pandèmia de la Covid-19.

D'altra banda, l'informe jurídic emès per l'assessora tècnica del Departament jurídic del servei de salut de les Illes Balears dia 8 de febrer de 2021, assenyala al respecte el següent:

«En cuanto a la alegación consistente en la presencia de fuerza mayor que retrasa la resolución de las incidencias, corresponde al recurrente probar, no la presencia de fuerza mayor en abstracto, puesto que nadie duda de la gravedad de la crisis sanitaria causada por la enfermedad del Covid-19 y de sus consecuencias a todos los niveles, sino como esa fuerza mayor ha afectado al concreto desarrollo del objeto del contrato y cómo las medidas y restricciones que han adoptado los poderes públicos han provocado el retraso en la resolución de incidencias.

No obstante, no se detalla ningún caso concreto en que la correcta resolución de una incidencia se haya visto afectada por una determinada medida adoptada y en qué forma lo ha sido, limitándose a una declaración de carácter general sin concreción ni justificación alguna. El informe de 1 de febrero del Jefe de servicio y Ingeniería y Mantenimiento, por su parte, sólo hace constar que ese segundo trimestre de 2020 coincide con la declaración del estado de alarma, sin indicar que el mismo pueda haber causado retrasos en la resolución de incidencias. Por ello, no podemos aceptar esta genérica eximente o atenuadora de la responsabilidad, ya que, si bien el Código civil establece que:

Artículo 1105.

Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse, o que, previstos fueran inevitables.

No es menos cierto que, en cuanto a la carga de la prueba,

Artículo 1183.

Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096.

Y no se ha probado ( ni siquiera alegado) ninguna relación de causalidad directa entre los incumplimientos contractuales y las medidas adoptadas con ocasión de la crisis provocada por el Covid-19.”

En el mateix sentit es pronuncia el cap de servei d'Enginyeria i Manteniment, en el seu informe de dia 2 de febrer de 2021 i, respecte a les incidències

produïdes en el tercer trimestre de 2020, l'únic que no fa constar és que aquest període coincideix amb l'estat d'alarma.

Per tot això, l'òrgan de contractació va actuar de manera adequada imposant les penalitats derivades de les incidències detectades en l'execució del contracte.

El punt 7 del PPT regulador del present contracte de subministrament estableix clarament que, en el cas d'incompliment dels valors indicats de disponibilitat i manteniment integral i, més concretament del temps de reparació, donaran lloc a l'aplicació de deduccions sobre les factures trimestrals que l'Administració retribueix a l'empresa adjudicatària.

Respecte als valors de disponibilitat i per garantir un temps de resposta davant avaries, temps de substitució i reparació, quan sorgeix una incidència comunicada pel servei de salut de les Illes Balears, l'empresa adjudicatària va presentar en la seva oferta el següent:

«El tiempo de respuesta desde la comunicación de la incidencia hasta la presencia física del técnico de Hill- Rom es menor a 2 horas.

El tiempo de sustitución desde la comunicación de la incidencia por avería hasta la sustitución del equipo por otro de reserva y propiedad del adjudicatario es menor a 5 horas.

El tiempo para la reparación desde la comunicación de la incidencia, la reparación en el taller del equipo averiado y su traslado a su ubicación original es menor de 168 horas.

Hill-Rom garantiza que el tiempo de disponibilidad de los equipos, si Hill-Rom es la empresa contratada para el mantenimiento, será del 98%.

El tiempo de suministros de piezas y repuestos es de 48 horas».

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.

El PCAP i el PPT constitueixen, d'acord amb reiterada jurisprudència del Tribunal Suprem, la «Llei del Contracte», de tal manera que allò que s'hi preveu, 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.

Així, de la documentació que obra dins l'expedient, l'empresa adjudicatària ha incomplert amb les seves obligacions contractuals, en concret amb els temps de reparació establerts en el contracte, en el PPT i en la seva oferta i que han donat lloc a les incidències corresponents al segon i tercer trimestre de 2020.

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

- 8.2 Quant a la segona al·legació, la recurrent exposa al seu escrit que a la resolució recorreguda consten errades, ja que algunes incidències no es corresponen amb els equips de l'empresa adjudicatària i altres contenen una data de resolució de l'avaria que no concorden amb la data de la seva resolució real.

Així, a l'informe tècnic emès pel cap de servei d'enginyeria i manteniment dia 2 de febrer de 2021, amb el vistiplau del Subdirector de Gestió i Serveis Generals, en contestació a les al·legacions presentades per l'empresa adjudicatària en el seu recurs i en relació amb les incidències produïdes el segon trimestre de 2020 (RES 1/2021), argumenta que:

« (...)

3. La integració en el sistema Optima que exige este contrato y que es responsabilidad del adjudicatario, no está funcionando en toda su dimensión, funciona en modelo básico, el adjudicatario no está haciendo uso de la aplicación y a consecuencia de ello el control de las incidencias es muy deficiente y no se da respuesta al usuario que ha abierto la incidencia.

4. Se ha revisado la documentación aportada por Hill-Rom en el recurso presentado referida a las órdenes de trabajo (OT) con el siguiente resultado:

Las incidencias que se ha constatado que no corresponden al contrato SSCC PASU 131/2013 se han excluido.

Las incidencias que sí corresponden al contrato se han resuelto en la fecha de la visita del técnico al hospital, de manera que coincide la fecha de la apertura y cierre de la OT, pero no figura en ellas la fecha de la apertura de la incidencia en OPTIMA y por tanto se ha tenido en cuenta la fecha de la apertura que figura en el sistema OPTIMA para el cálculo del retraso.

Se ha vuelto a calcular el tiempo de resolución de la incidencia teniendo en cuenta la fecha de la apertura de la incidencia en OPTIMA y la fecha de cierre de la OT, resultando la tabla siguiente:

(...)

24.736,96 euros»

L'informe tècnic conclou en el sentit que l'import de la deducció resultant de la revisió de les ordres de feina (OT) que es corresponen amb les incidències del període del segon trimestre del 2020 és de 24.736,96 euros, sense IVA.

En el mateix sentit, en relació amb l'informe tècnic del cap de servei d'enginyeria i manteniment de dia 2 de febrer de 2021 i en contestació a les al·legacions presentades per l'empresa adjudicatària en el seu recurs i en relació amb les incidències produïdes el tercer trimestre de 2020 (RES 2/2021), argumenta que:

« (...)

3. La integració en el sistema Optima que exige este contrato y que es responsabilidad del adjudicatario, no está funcionando en toda su dimensión, funciona en modelo básico, el adjudicatario no está haciendo uso de la aplicación y a consecuencia de ello el control de las incidencias es muy deficiente y no se da respuesta al usuario que ha abierto la incidencia.

4. Se ha revisado la documentación aportada por Hill-Rom en el recurso presentado referida a las órdenes de trabajo (OT) con el siguiente resultado:

Las incidencias que se ha constatado que no corresponden al contrato SSCC PASU 131/2013 se han excluido.

Las incidencias que sí corresponden al contrato se han resuelto en la fecha de la visita del técnico al hospital, de manera que coincide la fecha de la apertura y

cierre de la OT, pero no figura en ellas la fecha de la apertura de la incidencia en OPTIMA y por tanto se ha tenido en cuenta la fecha de la apertura que figura en el sistema OPTIMA para el cálculo del retraso.

Se ha vuelto a calcular el tiempo de resolución de la incidencia teniendo en cuenta la fecha de la apertura de la incidencia en OPTIMA y la fecha de cierre de la OT, resultando la tabla siguiente:  
(...)

2.819,76 euros»

En definitiva, atès l'informe tècnic esmentat, atès l'informe jurídic emès pel servei de salut de les Illes Balears i una vegada comprovat els nous càlculs, s'ha de concloure que s'han produït errades en la valoració de les incidències presentades i per tant es proposa una deducció final per un import de 24.736,96 euros, sense IVA, pel que fa al segon trimestre de 2020 i una deducció final per un import de 2.819,76 euros, sense IVA, pel que fa al tercer trimestre de 2020.

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

Per tot això, dict el següent

### **Acord**

1. Estimar parcialment els recursos especials en matèria de contractació interposats per l'empresa Hill-Rom Iberia, SLU, contra les Resolucions del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de dia 23 de novembre de 2020, per la qual s'aproven les deduccions corresponents al segon trimestre de 2020 ( RES1/2021) i tercer trimestre de 2020 ( RES 2/2021) relatives als incompliments del contracte de subministrament muntatge, posada en funcionament i manteniment, mitjançant arrendament amb opció de compra, de llits i mobiliari d'hospitalització per al nou hospital Can Misses d'Eivissa.
2. Anul·lar l'acte i ordenar la retroacció de l'expedient al moment de d'imposar les penalitats que es corresponen a les incidències del segon i

tercer trimestre de 2020. L'informe tècnic de dia 2 de febrer de 2021, servirà per fonamentar la Resolució d'aprovació de les deduccions que es dicti.

3. Notificar aquest Acord a Hill- Rom Iberia, SLU, 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.