



Exp. Junta Consultiva: RES 2/2020

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

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

Òrgan de contractació: Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA

### **Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 17 de setembre de 2020**

Atès el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en endavant, Urbia) contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'imposen penalitats a l'empresa per l'incompliment de diverses obligacions previstes en els plecs del contracte de serveis de manteniment correctiu, preventiu i tècnic legal dels edificis, locals i instal·lacions del Sector Sanitari de Llevant (Manacor), la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 17 de setembre de 2020, ha adoptat l'Acord següent:

#### **Fets**

1. El 22 de maig de 2017, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i el representant de l'empresa Roig Obres Serveis i Mediambient, SA, (actualment, Urbia) varen formalitzar el contracte de serveis de manteniment correctiu, preventiu i tècnic legal dels edificis, locals i instal·lacions del Sector Sanitari de Llevant (Manacor) per import 1.449.277,50 euros.
2. L'11 de febrer de 2019, la directora gerent de l'Hospital de Manacor va proposar, en base amb l'informe previ del cap del Servei de Manteniment de la Gerència de l'Hospital de Manacor de 7 de febrer de 2019, iniciar un procediment d'imposició de penalitats a la contractista per import de 154.229,12 euros a l'empresa Urbia per diversos incompliments contractuals comesos en el període de juny de 2017 a maig de 2018.

Concretament, el retard en la presentació d'un informe d'auditoria inicial exigint en el plec – penalitat 1 – i la manca de realització d'hores anuals addicionals que havia oferit el contractista en la seva oferta –penalitat 2.

3. El 30 de gener de 2020, després de la tramitació d'un procediment amb audiència de l'empresa interessada, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució d'imposició de penalitats següent:

Resolución

1. Imponer una penalidad a la entidad adjudicataria del contrato de servicios SSCC PA 66/15, "URBIA Intermediación, Ingeniería y Servicios", por importe de TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON TREINTA Y UN CÉNTIMOS (37.596,31 €), por incumplimiento del plazo estipulado para la presentación del informe de auditoría inicial.

2. Imponer a dicha sociedad adjudicataria una penalidad por importe de SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS (67.545 €) por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofertadas.

3. Ambas penalidades se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista.

[...]

La suma total de les penalitats imposades és de 105.141,31 euros i la referida Resolució es va notificar al contractista el 10 de febrer.

4. El 9 de març de 2020, el representant de l'empresa Urbia va presentar al registre de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució d'imposició de penalitats i va sol·licitar, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució, atesos els perjudicis irreparables que li podria causar. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el mateix dia.
5. El 14 de març de 2020, mitjançant la Disposició Addicional Tercera del *Real Decreto 463/2020, de 14 de març, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19*, varen quedar suspesos els termes i terminis per a la tramitació dels procediments administratius, entre d'altres, del recurs interposat.
6. El 23 de maig de 2020, l'article 9 del *Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la*

*gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, va disposar que «Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas».*

7. D'acord amb l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, s'ha sol·licitat a l'òrgan de contractació la tramesa de l'expedient i de l'informe jurídic corresponent, que l'ha tramès el 15 de juny de 2020.
8. El 19 de juny, mitjançant Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa s'ha desestimat la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució impugnada.

### **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 serveis tramitat 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, 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 Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, 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. La recurrent fonamenta el recurs, en resum, en les al·legacions següents:

— Pel que fa a la demora en la presentació de l'informe d'auditoria, considera que aquesta no és imputable a l'empresa o, en tot cas, no tota. Per això, no se l'hauria de penalitzar o, en tot cas, la penalitat s'hauria de reduir.

— Pel que fa a la manca de realització de les hores addicionals per part de l'empresa, considera que l'Administració no ha acreditat l'incompliment. A més, des de l'inici del contracte es va acordar que es realitzarien propostes per a substituir part d'aquestes hores per altres treballs.

— Pel que fa a l'import de la penalitat total que se li imposa pels dos motius esmentats en els punts anteriors, considera que és desproporcionat i excessiu, ja que es refereix al primer any dels tres que dura el contracte i ja quasi arriba al percentatge màxim legalment previst del 10% del pressupost.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució d'imposició de penalitats per incompliment del contracte.

5. Per la seva banda, el responsable del contracte de la Gerència de l'Hospital de Manacor (en endavant GHM), així com el Servei de Coordinació Administrativa de l'òrgan de contractació han elaborat els informes de 30 d'abril de 2020 i 2 de juny de 2020 respectivament, mitjançant els quals s'oposen al recurs especial interposat.
6. Abans d'entrar a analitzar les alegacions del recurrent, cal fer una breu pinzellada al que preveu la normativa i la jurisprudència en relació amb la imposició de penalitats per incompliment del contracte.

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

deducció de les quantitats a abonar al contractista, o sobre la garantia quan no es puguin deduir de les certificacions.

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

Resulta adequat esmentar la recent Sentència núm. 1689/2019, de 21 de maig de 2019, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem, la qual s'ha dictat, en part, en interès cassacional per a la formació de jurisprudència i aclareix alguns aspectes materials i formals de la imposició de penalitats contractuals que resulten de gran interès:

La Sala entiende que la imposición de penalidades conforme a la normativa antes expuesta por incumplimiento contractual, no está sujeta a un plazo de caducidad y esto por las siguientes razones:

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

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

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

4º En lo procedimental la imposición de penalidades se ubica sistemáticamente en la LCSP 2007 en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, lo que no es el caso de esos otros supuestos del artículo 194 de la LCSP de 2007 en los que sí prevé que la Administración contratante ejerza ciertas potestades mediante concretos procedimientos: es el caso de los supuestos de interpretación, modificación, resolución, reclamación de deudas, cesión o subcontratación (cf. artículo 195.1 de la LCSP 2007 ).

5º Cobra así sentido la cita de la sentencia del Pleno de esta Sala, de 28 de febrero de 2007, recurso de casación 302/2004 , que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada. Pese a dictarse para un supuesto distinto, de ella cabría deducir que la imposición de penalidades no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución.

6º Esto no quita que para su adopción haya una regulación mínima en el artículo 196.8 de la LCSP 2007, lo que evita la idea de imposición de plano: se prevé así que haya propuesta y decisión y que haya trámite de audiencia o alegaciones es una exigencia no expresamente prevista, sino que responde a un cabal entendimiento del principio de proscripción de la indefensión, exigencia común a todo acto mediante el cual el poder público imponga un gravamen.

7º Las previsiones del citado artículo 196.8 de las LCSP lleva a la idea cierta de que hay un expediente, pero no un procedimiento. En efecto, la idea de expediente supone la documentación de la sucesión de actuaciones que integran un procedimiento, pero puede implicar sólo la constancia documental de decisiones, lo que asemeja a las penalidades con las multas coercitivas que adoptadas para la ejecución de acto incumplido que sí pone fin a un procedimiento.

8º De esta manera como ya la denominó la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 30 de octubre de 1995 (recurso de apelación 5203/1991 ) con la imposición de penalidades se está ante una "decisión ejecutiva", si bien acordada en el curso del procedimiento de ejecución de un contrato, prevista en los contratos a modo de estipulación accesoria cuya regulación mínima se agota, en este caso, en el artículo 196.8 de la LCSP 2007 . No precisa, por tanto, la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 -hoy Ley 39/2015- para su regulación.

Aquesta recent Sentència ve a desplaçar el criteri doctrinal i jurisprudencial que, fins ara defensava la necessitat de tramitar un procediment per a la imposició de penalitats, i que en la pràctica, atesa la inexistència d'un procediment específic en la legislació de contractes, comportava l'aplicació del procediment administratiu comú, i en conseqüència, del règim de caducitat que s'hi preveu. Amb aquest criteri, algunes Sentències com, per exemple la STSJ AR 640/2018, consideraven caducat el procediment d'imposició de penalitats quan la Resolució de finalització del procediment s'havia notificat fora del termini dels tres mesos prevists en l'article 42.3 de la llei de procediment administratiu comú.

Atesa la relació dels fets de l'expedient que ens ocupa, i aplicant aquest criteri, la Resolució d'imposició de penalitats de 30 de gener de 2020, que es motiu d'impugnació, s'hauria de considerar contrària a l'ordenament jurídic per haver caducat el procediment, ja que l'òrgan de contractació va tardar prop de dotze mesos en tramitar el procediment d'imposició de penalitats.

No obstant això, atès el valor cassacional de la Sentència 1689/2019 del Tribunal Suprem abans esmentada, s'ha d'afirmar que, en aquest cas, el procediment no es pot considerar caducat, i per tant, la Resolució impugnada no conté cap irregularitat en aquest sentit, ja que d'acord amb la nova línia jurisprudencial, els procediments d'imposició de penalitats no estan sotmesos a un termini de caducitat perquè no es poden considerar procediments autònoms o diferenciats dins del procediment contractual; en canvi, s'han de considerar decisions o tràmits de la fase d'execució del contracte, la qual cosa comporta que en la imposició de penalitats no ha d'haver un procediment, sinó un expedient, entenent per expedient la documentació de la successió d'actuacions que integren un procediment, de tal manera que pot implicar només la constància documental de decisions.

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

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

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

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

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

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

7.1 D'una banda, en relació amb la primera penalitat, consistent en l'incompliment del termini estipulat per a la presentació de l'informe d'auditoria inicial, la lletra S del quadre de característiques del contracte del PCAP estableix que:

En el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación:

[...]

4. Por la demora en la presentación del informe de auditoria inicial y del plan de mantenimiento por entidad consultora experta especializada (debe realizarse en los tres primeros meses, contados desde el día de inicio de la prestación del servicio), según lo establecido en el punto 3.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas. Monitorización: Fecha de presentación de informes y plan de mantenimiento redactados por consultora.

Penalización: 1% de la facturación mensual (doceava parte del importe anual de adjudicación) por cada día hábil de retraso.

[...]

El punt 3.1 del PPT, relatiu a l'auditoria tècnica legal sobre l'estat inicial de les instal·lacions i el pla de manteniment, estableix el següent:

Al inicio del contrato, el adjudicatario estará obligado a la subcontratación de los servicios de una entidad consultora externa especializada que incluya la realización de una auditoría externa inicial de tipo técnico-legal, sobre el estado de las instalaciones y la revisión/modificación/actualización del plan de mantenimiento aportado por el adjudicatario en su oferta.

Para ello, el licitador aportará a la GHM un mínimo de tres propuestas rubricadas por entidades consultoras de reconocido prestigio en el sector, con experiencia en hospitales y sin vinculación de ningún tipo al adjudicatario, con objeto de garantizar la



máxima objetividad en los resultados y con garantía de que los mismos no se verán influenciados por los intereses de aquél.

Será potestativa de la GHM la elección de la que le parezca la mejor opción de las planteadas, debiendo asumir el adjudicatario todos los costes de dicha propuesta. En caso de que ninguna de las propuestas sea considerada como adecuada, la GHM lo indicará al adjudicatario, con objeto de que éste recopile más propuestas para su aprobación por parte de la GHM.

La presentación de las propuestas deberá realizarse en las dos primeras semanas contadas desde el primer día de inicio de la prestación del servicio.

[...]

En les lletres a) i b) d'aquest mateix apartat es relacionen els treballs que s'han de dur a terme en l'elaboració de l'auditoria i consta expressament que:

La realización de los trabajos descritos en los puntos a) i b) deberá completarse en tres meses.

Finalment, en el punt 3.2 del PPT s'estableix que:

El plan de mantenimiento preventivo técnico-legal de todos los centros deberá quedar completamente conformado siguiendo la siguiente cronología:

- . 15 días naturales del inicio del contrato para la implantación del plan presentado en la oferta y aportación de los nombres de las consultoras que la GHM evaluará para realizar la auditoría.
- . Periodo de estudio y posterior elección de la consultora que realizará la auditoría por parte de la GHM.
- . 3 meses para la realización de la auditoria y entrega del informe.

7.2 D'altra banda, en relació amb la segona penalitat, consistent en la manca de realització de les hores extraordinàries per part de l'empresa els plecs disposen que:

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

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

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

[...]

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

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

- \* entre 1 y 500 horas: 1 punto
- \* entre 501 y 1.000 horas: 2 puntos
- \* entre 1.001 y 1.500 horas: 3 puntos
- \* entre 1.501 y 2.000 horas: 4 puntos
- \* entre 2.001 y 2.500 horas: 5 puntos
- \* entre 2.501 y 3.000 horas: 6 puntos
- \* entre 3.001 y 3.500 horas: 7 puntos
- \* entre 3.501 y 4.000 horas: 8 puntos
- \* entre 4.001 y 4.500 horas: 9 puntos
- \* entre 4.501 y 5.000 horas: 10 puntos

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

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

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

8.1 En relació amb la primera penalitat, consistent en la demora en la presentació de l'informe d'auditoria, la recurrent considera que aquesta penalitat no té raó de ser, perquè no li és imputable o, en tot cas, no tota. Concretament, argumenta que el 22 de juliol de 2017 va proporcionar a l'òrgan de contractació les propostes i els pressuposts de tres empreses, però no va ser fins el dia 9 d'octubre que l'òrgan de contractació li va comunicar que l'empresa seleccionada per dur a terme l'auditoria era NAT Ingenieros (en endavant, NAT) i que en aquell moment aquesta empresa no va comptar amb la disponibilitat necessària per dur a terme el treball d'auditoria. Partint d'això, la recurrent assenyala com a responsables del retard, en primer lloc, a NAT, a la qual considera que és a qui s'ha de reclamar, ja que era l'encarregada de dur a terme l'auditoria; en segon lloc, considera responsable a l'Administració, ja que troba que si no s'hagués

demorat cinc mesos en seleccionar l'empresa auditora, hauria tingut disponibilitat per dur a terme l'informe.

Finalment, la recurrent invoca el principi de proporcionalitat i considera que l'òrgan de contractació li hauria d'haver concedit un temps equivalent al que l'Administració es va demorar, — segons ella, cinc mesos—; així, segons els seus càlculs, el còmput del termini per començar a comptar l'obligació de presentar l'auditoria hauria estat el mes de febrer de 2018 i la data per presentar-la el dia 18 de maig de 2018; d'aquesta manera, el recurrent calcula que els dies de demora en la presentació serien només de 9 — envers de 113 dies que ha calculat l'Administració — i, per tant, la penalitat imposada per import de 37.596,31 € s'hauria de reduir a 2.395,53 €, la qual cosa equival a l'1% de la facturació mensual per 9 dies de demora.

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

D'una banda, pretendre que NAT sigui la responsable del retard resulta improcedent, ja que l'article 227.4 del TRLCSP disposa que els subcontractistes queden obligats només davant del contractista principal, el qual és qui assumeix la total responsabilitat de l'execució del contracte davant l'Administració. Així, a l'hora d'imposar les penalitats, l'Administració les ha d'imposar al contractista, independentment que la prestació l'hagués d'executar un subcontractista.

D'altra banda, assenyalar com a responsable a l'Administració també resulta inacceptable, ja que la obligada a complir amb un termini concret era la contractista, no l'Administració. En el punt 3.2 del PPT, que detalla la cronologia del Pla de manteniment preventiu i tècnic legal, consta que la Gerència de l'Hospital de Manacor disposava d'un període d'estudi i posterior elecció de la consultora que havia de realitzar l'auditoria, però no s'hi estableix cap termini taxat per dur-ho a terme.

Des del 9 d'octubre de 2017 Urbia coneixia que NAT havia estat la seleccionada, però no consta que comunicés al responsable del contracte cap tipus de problema per dur-la a terme, cap referència a que l'oferta de NAT ja no fos vigent o que no es pogués assumir la tasca encomanada. A més, comprovades les dates que consten en l'expedient, no és cert que la Gerència es demorés cinc mesos en comunicar-li l'empresa seleccionada, — com afirma la recurrent—, sinó que va tardar quatre mesos i quatre dies, sense que aquest temps es pugui considerar una demora, ja que com ja s'ha esmentat, la Gerència no estava sotmesa a la obligació de donar compliment a un termini concret.

Segons el punt 3.2 del PPT esmentat, el pla de manteniment preventiu i tècnic legal de tots els centres havia de quedar conformat dins la cronologia següent:

- . 15 días naturales del inicio del contrato para la implantación del plan presentado en la oferta y aportación de los nombres de las consultoras que la GHM evaluará para realizar la auditoría.
- . Periodo de estudio y posterior elección de la consultora que realizará la auditoría por parte de la GHM.
- . 3 meses para la realización de la auditoria y entrega del informe.

En la resolució impugnada consta que el termini de 3 mesos per a la realització de l'auditoria i el lliurament de l'informe es va iniciar el 9 d'octubre de 2017 —data en què se li va comunicar a Urbia que NAT seria l'encarregada d'elaborar l'informe —; en conseqüència, la contractista disposava fins el dia 9 de gener de 2018 per lliurar-lo, però no ho va fer fins el 25 de juny de 2018, la qual cosa equival a una demora de 5 mesos i mig, o 113 dies hàbils, que són els penalitzats en la Resolució impugnada.

Tampoc resulta adequat, que a l'empara del principi de proporcionalitat s'hagi de concedir al contractista un temps equivalent al que l'Administració va tardar en seleccionar l'auditora. Per començar, aquesta possibilitat no està prevista en els plecs, que són la llei del contracte i, a més, ni les dates ni els càlculs en què es basa la recurrent són correctes, ni coincideixen amb el que consta en l'expedient administratiu i en el Fonament de Dret tercer de la Resolució impugnada. I, finalment, tampoc és cert que s'hagi sancionat a la recurrent pel retard de l'Administració, ja que ha quedat acreditat que en el còmput dels dies que han servit de base per imposar la penalitat no s'han tingut en compte els dies que va tardar l'Administració en decidir l'empresa auditora.

Així, atès que ha quedat acreditat que la recurrent va incomplir el termini estipulat per a la presentació de l'auditoria, s'ha de confirmar la imposició d'una penalitat per import de 37.596,31 euros.

8.2 En relació amb la segona penalitat, consistent en la manca de realització de les hores extraordinàries per part de la empresa Urbia, la recurrent al·lega que l'Administració no ha acreditat l'incompliment, que la seva empresa va realitzar 1.650 hores addicionals i que no entén el càlcul que l'Administració ha realitzat per obtenir el nombre d'hores que han servit de base per imposar-li la penalitat.

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

Manifesta també que l'Administració no pot acreditar que hagi requerit formalment a l'empresa la realització d'aquestes hores i, segon la lletra S del quadre de característiques del contracte del PCAP, ho havia de fer. L'Administració tampoc li va comunicar que havia de realitzar aquestes hores en el període d'un any, per la qual cosa no hi ha cap incompliment, ja que no ha finalitzat en contracte i, per tant, tampoc ha finalitzat el període de realització d'aquestes hores.

I finalment al·lega que l'import de la penalitat és desproporcionat i no té la finalitat de corregir l'actuació de l'empresa, sinó de sancionar-la.

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

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

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

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

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

I pel que fa a les hores realitzades, segons el quadre d'hores de recursos humans (RRHH), annex a l'Informe del cap del Servei de Manteniment de l'Hospital de Manacor de dia 7 de febrer de 2019, del total de 5.000 hores addicionals que Urbia va oferir, en el període comprès entre juny de 2017 i maig de 2018 que es sanciona, només va justificar haver-ne realitzat un total 688,5 hores. En l'Informe de 30 d'abril de 2020, emès en relació amb el recurs, el mateix cap de Manteniment es reafirma en què les hores addicionals dutes a terme varen ser les esmentades 688,5 i deixa constància que les 1.650 hores que la recurrent al·lega haver realitzat mai no han estat acreditades.

D'altra banda, l'al·legació relativa a un presumpte acord de l'empresa amb l'òrgan de contractació per substituir les hores addicionals no realitzades per altres conceptes o per posposar-les a altres anualitats, s'ha de rebutjar totalment. Comprovat el que consta en l'expedient, en concret l'informe del cap del Servei de Manteniment de la GHM de 30 d'abril de 2020 i la documentació que s'hi adjunta, consistent en diversos correus electrònics mantinguts entre el Responsable del contracte i els representants de l'empresa, es pot afirmar que l'Administració va recordar i requerir l'empresa, en diverses ocasions, perquè presentés "*propostes de solució de la borsa d'hores, per tal de revisar-les*". No obstant això, en els correus electrònics consta literalment, entre d'altres coses, el següent:

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

*a les modificacions no previstes en els plecs. Per tant, la opció no la veig possible".*

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

Així, atès que queda acreditat que l'empresa només va realitzar 688,5 hores de les 5.000 hores/any corresponents al període de juny de 2017 a maig de 2018, la penalitat queda fixada en 64.672,5 euros.

10. Finalment, el recurrent al·lega que l'import de la penalitat total que se li imposa és desproporcionat, ja que es refereix al primer any dels tres que dura el contracte i ja quasi arriba al percentatge màxim legalment previst del 10% del pressupost.

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

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

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

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

Per això, les penalitats imposades — la primera, per import de 37.596,31 € i la segona, per import de 67.545 €—, s'han de considerar proporcionades i es troben dins dels límits del 10 per cent legalment establert, i en conseqüència, s'han de rebutjar els arguments de la recurrent i s'ha de confirmar la Resolució impugnada en tots els seus pronunciaments.

Per tot això, dict el següent

### **Acord**

1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'imposen diverses penalitats a l'empresa per incompliment de diverses obligacions previstes en els plecs del contracte de serveis de manteniment correctiu, preventiu i tècnic legal dels edificis, locals i instal·lacions del Sector Sanitari de Llevant (Manacor).
2. Notificar aquest Acord a Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, i al Servei de Salut de les Illes Balears.

### **Interposició de recursos**

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