



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda
i Administracions Públiques
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 20/2014

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en diagnòstic i tractament per la imatge per al nou Hospital Universitari Son Espases

SSCC DC 82/09

SSCC SAN 246/13

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: General Electric Healthcare España, SAU

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de setembre de 2015 pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per General Electric Healthcare España, SAU, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'imposa una penalitat al contractista per incompliment del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en diagnòstic i tractament per la imatge per al nou Hospital Universitari Son Espases

Fets

1. El 7 de maig de 2010, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i el representant de General Electric Healthcare España, SA (actualment, SAU), varen signar el contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en diagnòstic i tractament per la imatge per al nou Hospital Universitari Son Espases.
2. El 14 de març de 2011, un representant de la Direcció de Gestió del Servei de Salut, un representant de l'Hospital Universitari Son Espases (en endavant, l'Hospital) i un representant de General Electric Healthcare España, SAU, varen signar l'acta de posada a disposició de l'Hospital d'un equip de ressonància magnètica nuclear intraquirúrgica portàtil.



3. El 22 de desembre de 2011, un inspector de l'organisme de control autoritzat TÜV Rheinland Inspection, Certification & Testing, SL, va inspeccionar, en presència d'un representant de l'empresa instal·ladora, els quiròfans 1.2.2.10 i 5.2.2.6 —aquest darrer és el quiròfan número 6 del bloc quirúrgic D de l'Hospital— i va aixecar una acta d'inspecció de la instal·lació, en la qual va fer constar que, un cop efectuades les proves de resistència d'aïllament dels circuits del sistema aïllat dels quiròfans, el resultat era favorable.
4. El 28 de desembre de 2011, un inspector de l'organisme de control autoritzat TÜV Rheinland Inspection, Certification & Testing, SL, va fer, a petició de Concessionària Hospital Son Dureta, SA, una revisió no reglamentària del detector de fugues dels quiròfans PA 1.2.2.10 i PA 5.2.2.6 de l'Hospital i va concloure que els detectors de fugues d'ambdós quiròfans funcionaven amb normalitat, que en el quiròfan Q-6 (PA 5.2.2.6) el mesurador detectava un corrent de fuga de la instal·lació molt superior a la de l'altre quiròfan, però que semblava que aquest corrent no era real, i que l'única diferència entre un quiròfan i l'altre era l'existència d'uns filtres electrònics per a la màquina de ressonància que podrien induir a aquest error en el mesurament.
5. El 18 de gener de 2012, el director gerent de l'empresa Amcontrol, encarregada de dur a terme les inspeccions mensuals de seguretat elèctrica obligatòries a l'Hospital, va adreçar a l'Hospital un escrit-informe sobre les causes de les elevades fugues elèctriques que els tècnics de l'empresa havien detectat en la inspecció del mes de setembre de 2011 en el quiròfan número 6 del bloc quirúrgic D de l'Hospital i el motiu pel qual l'organisme de control autoritzat no podia detectar l'anomalia. Concretament, va indicar, entre altres consideracions tècniques, que la instal·lació d'aquest quiròfan havia estat modificada respecte als altres quiròfans, que l'havien informat que General Electric Healthcare España, SAU, havia fet aquesta modificació seguint els seus protocols de quiròfans de ressonància magnètiques, i que el problema estava causat per la modificació de la instal·lació.
6. El 25 de gener de 2012, el cap de Manteniment de l'UTE Hospital Son Dureta, Dragados - FCC - Melchor Mascaró - Llabrés Feliu, va comunicar a Concessionària Hospital Son Dureta, SA, que considerava, basant-se en els informes emesos, que la causa de la fuga eren els equips i les maniobres en els equips de General Electric Healthcare España, SAU, i li va trametre diversos documents.



7. El 29 de maig de 2012, l'enginyer industrial de l'Hospital va emetre un informe sobre els resultats de les proves efectuades el 24 de maig de 2012 en la instal·lació d'electricitat del quiròfan número 6 del bloc quirúrgic D de l'Hospital, en el qual indica que, entre altres anomalies, el valor del corrent de fuga és molt elevat, que la instal·lació dels filtres no és adequada, atès que pot comprometre la seguretat del pacient, i que el detector de fugues instal·lat no detecta les fugues que es produeixen, i conclou que per reduir els corrents de fuga a valors adequats s'han de fer diversos canvis en la instal·lació elèctrica del quiròfan.
8. El 17 de desembre de 2012, el director mèdic de l'Hospital va informar, i posteriorment comunicar, al subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals del Servei de Salut de les Illes Balears que l'equip de ressonància magnètica del quiròfan número 6 del bloc quirúrgic D de l'Hospital estava aturat des del 20 de setembre de 2011 a causa de les fugues que s'hi havien detectat, i que el quiròfan no havia estat operatiu des d'aquesta data per aquest motiu, fet que havia ocasionat perjudicis greus a l'Hospital, i li va demanar que iniciàs els tràmits per sancionar General Electric Healthcare España, SAU, per aquest incompliment de contracte.
9. El 31 de gener de 2013, el director de Gestió de l'Hospital va signar una addenda a l'informe del director mèdic de l'Hospital amb la relació de les intervencions que s'havien efectuat en el quiròfan número 6 del bloc quirúrgic D de l'Hospital des de l'obertura de l'Hospital fins al 23 de gener de 2012, que és el darrer dia que el quiròfan va romandre operatiu, a l'efecte de calcular el perjudici econòmic o cost associat a la no disponibilitat de l'equipament del quiròfan.
10. L'11 de juny de 2013, l'enginyer superior de l'Hospital, tres representants de General Electric Healthcare España, SAU, —entre els quals hi havia l'enginyer tècnic de Projecte i Direcció Tècnica i un instal·lador d'electricitat autoritzat— i un representant de la Concessionària Hospital Son Dureta, SA, varen signar una acta de comprovació de disponibilitat de la instal·lació elèctrica del quiròfan número 6 del bloc quirúrgic D de l'Hospital i hi varen fer constar que s'havia reformat la instal·lació i que, un cop efectuades diverses proves, el resultat era favorable i no s'observava cap tipus d'anomalia o defecte en la instal·lació, i que, en conseqüència, quedava comprovada la disponibilitat del quiròfan.
11. El 24 de setembre de 2013, la tècnica de la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals, amb el vistiplau del subdirector, va emetre un informe en el qual proposava la imposició d'una penalitat a General Electric Healthcare



España, SAU, per un import de 409.676,95 euros, amb l'IVA exclòs (495.709,11 euros, amb l'IVA inclòs), equivalent a l'1,5 % de l'import d'adjudicació del contracte, atès que a causa de les deficiències en la instal·lació elèctrica del quiròfan 6D de l'Hospital es varen produir fugues que varen obligar a tancar-lo des del mes d'octubre de 2011 fins al mes de juny de 2013 i a traslladar les intervencions quirúrgiques de neurocirurgia a altres quiròfans. L'informe es va notificar a General Electric Healthcare España, SAU, el 16 de gener de 2014, amb la indicació que disposava d'un termini de quinze dies hàbils per formular-hi les al·legacions i aportar la documentació que consideràs oportuna.

- 12.El 7 de gener de 2014 (per error, en la Resolució s'indica el 2013), el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va iniciar el procediment d'imposició d'una penalitat a General Electric Healthcare España, SAU, per incompliment del contracte, concretament pel tancament del quiròfan 6D de l'Hospital durant el període d'octubre de 2011 a juny de 2013, a causa d'unes fugues, per una quantia de l'1,5% de l'import d'adjudicació, és a dir, 495.709,11 euros, amb l'IVA inclòs.
- 13.El 27 de gener de 2014, General Electric Healthcare España, SAU, va sol·licitar una ampliació del termini del tràmit d'audiència, atès que no se li havien tramès els annexos de l'informe proposta d'imposició de penalitats.
- 14.El 29 de gener de 2014, la cap del Servei de la Unitat de Contractació del Servei de Salut de les Illes Balears va notificar a General Electric Healthcare España, SAU, que li concedia un nou termini de quinze dies i li va trametre la documentació que havia sol·licitat.
- 15.El 14 de febrer de 2014, el representant de General Electric Healthcare España, SAU, va presentar un escrit d'al·legacions en el qual manifestava que no hi havia una execució defectuosa del contracte i que no se li podia imputar cap tipus de responsabilitat per aquest motiu, atès que no s'havia acreditat que la instal·lació de l'equip de ressonància magnètica fos defectuosa, que les fugues capacitives del quiròfan 6D fossin imputables de forma exclusiva a l'actuació de General Electric Healthcare España, SAU, ni que hi hagués una relació causa-efecte entre les fugues de l'equip al·legades i el tancament del quiròfan.

A més, va manifestar que l'abast de la responsabilitat de General Electric Healthcare España, SAU, és limitada, atès que, en vista dels informes emesos, l'única deficiència lligada a la indisponibilitat de l'equip de ressonància magnètica imputable a General Electric Healthcare España, SAU, es limita als



filtres elèctrics de l'equip i, per tant, l'empresa no és responsable d'altres fets o actuacions. També va indicar que es va produir un retard considerable entre el tancament del quiròfan i el moment en què se li varen comunicar les causes de les fugues i la necessitat de reparar-les.

Finalment, va al·legar que l'import de la penalitat és desproporcionat.

- 16.El 25 de març de 2014, el tècnic de la Unitat de Coordinació de Serveis Concessionats, amb el vistiplau del subdirector de Gestió de l'Hospital, va elaborar un informe sobre les al·legacions presentades per General Electric Healthcare España, SAU, i les va desestimar, atès que, a parer seu i d'acord amb l'informe de l'enginyer, era evident que la instal·lació era defectuosa, ja que es produïen fugues excessives, i va afirmar que, d'acord amb la documentació contractual, la reparació corresponia a General Electric Healthcare España, SAU; que, a més, li corresponia actuar de manera proactiva i aportar solucions immediates, i que la quantia de la penalitat era proporcionada.
- 17.El 2 d'abril de 2014, la tècnica de la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals del Servei de Salut, amb el vistiplau del subdirector, va emetre un informe sobre les al·legacions presentades per General Electric Healthcare España, SAU, i les va desestimar, atès que considerava provada la responsabilitat de l'empresa en la instal·lació incorrecta de la ressonància magnètica, que produïa fugues elèctriques; que el tancament del quiròfan 6D es va produir com a conseqüència de les fugues elèctriques mesurades i que, per tant, el tancament va ser conseqüència directa de la incorrecta instal·lació de l'equip, i que l'import proposat per la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals del Servei de Salut, de 495.709,11 euros, amb l'IVA inclòs, es considerava adequat al perjudici ocasionat a l'Hospital i a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i, en cap cas, no es considerava desproporcionat.
- 18.El 2 de maig de 2014, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual desestima les al·legacions de General Electric Healthcare España, SAU, i li imposa una penalitat d'un import de 495.709,11 euros, amb l'IVA inclòs, per l'incompliment contractual a causa del tancament del quiròfan 6D de l'Hospital. La Resolució es va notificar al contractista el 9 de maig de 2014, segons manifesta el mateix contractista en l'escrit de recurs.
- 19.El 9 de juny de 2014, la representant de General Electric Healthcare España, SAU, va presentar a Correus, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra aquesta



Resolució, i va sol·licitar, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució, atesos els greus perjudicis que li causa. El recurs es va rebre a la Junta Consultiva el 16 de juny.

20. El 18 de juliol de 2014, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va adoptar l'Acord pel qual es denegava la suspensió de l'execució de la Resolució objecte del recurs, atès que no es va acreditar que se'n derivàs cap perjudici per al recurrent.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'imposa una penalitat al contractista per incompliment d'un contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveia l'article 37 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, en la redacció anterior a l'entrada en vigor de la Llei 34/2010, de 5 d'agost, i vigent en el moment en què es va adjudicar el contracte, s'hi pot interposar el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és 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, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb l'apartat 13 de l'article 2 i l'article 7 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva.

Atès que la tramitació de l'expedient de contractació es va iniciar l'any 2009, hi és aplicable la normativa vigent en aquell moment, en concret la Llei 30/2007, tot això d'acord amb la disposició transitòria primera del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

2. El recurs especial que ha interposat l'empresa General Electric Healthcare España, SAU, es fonamenta en les al·legacions següents:



- La manca d'acreditació de la relació de causalitat entre l'incompliment que s'imputa al contractista i el tancament del quiròfan número 6 del bloc quirúrgic D de l'Hospital.
- La improcedència d'imposar una penalitat amb posterioritat a l'execució de l'obligació.
- La manca de proporcionalitat de l'import de la penalitat respecte de la gravetat de l'incompliment suposadament comès.
- La improcedència d'incloure l'IVA en l'import de la penalitat, atesa la seva naturalesa indemnitzatòria.

Atès tot això, el recurrent sol·licita que s'anul·li la Resolució impugnada o, subsidiàriament, que es redueixi l'import de la penalitat imposada.

3. Les clàusules penals, previstes en l'article 1152 del Codi civil, són obligacions accessòries de l'obligació principal que sancionen l'incompliment o el compliment irregular d'una obligació.

Les clàusules penals també estaven previstes en la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), en l'apartat 4 de l'article 75, que preveia l'establiment de penalitzacions per incompliment de clàusules contractuals, i en l'article 196, que permetia a l'Administració imposar penalitats, 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.

A més, en aplicació del principi de llibertat de pactes, reconegut en l'article 25 de l'LCSP, el plec de clàusules administratives que defineix les obligacions del contractista podia incloure clàusules penals específiques i pròpies.

L'article 196 de l'LCSP regulava l'execució defectuosa dels contractes i la demora en l'execució. Cal destacar els apartats 1 i 8 d'aquest article, que disposaven que:

1. Els plecs o el document contractual poden preveure penalitats per al cas de compliment defectuós de la prestació objecte d'aquest o per al cas d'incompliment dels compromisos o de les condicions especials d'execució del contracte que s'hagin establert de conformitat amb els articles 53.2 i 102.1. Aquestes penalitats han de ser proporcionals a la gravetat de



l'incompliment i la seva quantia no pot ser superior al 10 per cent del pressupost del contracte.
[...]

8. Les penalitats s'imposen per acord de l'òrgan de contractació, adoptat a proposta del responsable del contracte si se n'ha designat, que és immediatament executiu, i s'han de fer efectives mitjançant la deducció de les quantitats que, en concepte de pagament total o parcial, s'hagin d'abonar al contractista o sobre la garantia que, si s'escau, s'hagi constituït, quan no es puguin deduir de les certificacions esmentades.

El Tribunal Suprem ha considerat en nombrosa jurisprudència que les clàusules penals incorporades a un contracte administratiu: *a)* responen al principi de llibertat de pactes tradicionalment reconegut en la normativa reguladora de la contractació administrativa; *b)* no constitueixen l'exercici de dret sancionador, sinó que es regeixen per les normes reguladores de les obligacions, i *c)* han d'establir-se de forma expressa i manifesta, de manera que no hi caben les presumpcions del seu establiment.

Així, en la Sentència de 18 de maig de 2005 el Tribunal Suprem manifesta el següent:

Penalidades a satisfacer a la administración contratante por la comisión de faltas por el contratista que, independientemente de su denominación gramatical próxima al derecho punitivo, hemos de considerar como similares a las obligaciones con cláusula penal (art. 1152 y siguientes del Código civil) en el ámbito de la contratación privada. En el ámbito de la contratación pública, al igual que en la contratación privada, desempeñan una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal, es decir el contrato, pues, en caso contrario, deberá satisfacerse la pena pactada. Son, por tanto, estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate por lo que, en aras a la garantía del contrato, conducen a que el contratista, o deudor de la prestación que se trata de garantizar, venga obligado no solo al pago de una determinada cantidad de dinero calculada en razón a la modulación del grado de inobservancia sino incluso a la extinción contractual si la modalidad de incumplimiento alcanza mayor intensidad.

Como en el ámbito civil vienen a sustituir a la indemnización por daños al fijarse una responsabilidad económica por la comisión de determinados hechos, con independencia de que mediere dolo o culpa, aunque, en el ámbito del derecho público, puedan incluso reputarse próximas a las multas coercitivas a fin de lograr la efectividad de lo pactado. [...] El problema en todo caso radica que, tengan naturaleza cercana a la multa



coercitiva u ostenten el carácter de penalidad obligacional, nuestro ordenamiento carece de un procedimiento específico general para su tramitación e imposición lo que obliga a acudir al procedimiento administrativo general. Si queda clara, independientemente de su nombre, la ausencia de carácter punitivo amparado en el art. 25.1 CE, es decir no es una multa-sanción.

Por ello en la sentencia de este Tribunal de 21 de noviembre de 1988 (reiterada el 10 de febrero de 1990) se afirma que “las consecuencias de una cláusula penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendiéndose en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley... la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento”.

Aquesta Sentència atorga a les penalitats una naturalesa essencialment coercitiva per estimular el compliment del contracte, però admet la seva finalitat compensatòria o indemnitzatòria, i afirma que, igual com en l'àmbit civil, substitueixen la indemnització per danys.

Aquest mateix criteri ha seguit el Tribunal Suprem en altres sentències, com ara en la Sentència de 13 de febrer de 2012, i també l'Audiència Nacional, que, en la Sentència de 9 d'abril de 2014 manifesta el següent:

A tenor del artículo 196 de la Ley 30/2007, entre las penalidades, con el límite cuantitativo del 10 por 100 del presupuesto del contrato, y la gravedad del incumplimiento debe existir la adecuada correspondencia, estando impedido que las primeras resulten innecesarias o excesivas. Pero para valorar la gravedad del incumplimiento no puede atenderse, como pretende la demandante, única y exclusivamente al importe en el que se materializa el mismo, aunque puede resultar significativo, sino que esa gravedad alcanza a todos los elementos que condicionan y conducen al cumplimiento defectuoso de la prestación, pues, pese a lo que indica la Administración, estas penalidades, como en el ámbito civil, vienen a sustituir a la indemnización por daños al fijarse una responsabilidad económica por la comisión de determinados hechos, con independencia de que mediere dolo o culpa (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005).

4. El document contractual anomenat “Document descriptiu per a la contractació de l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en diagnòstic i tractament per la imatge per al nou



Hospital Son Dureta a Son Espases” fa referència, en l’apartat 1.1, a l’abast de l’objecte del contracte i manifesta que:

El alcance de la contratación del equipamiento, servicio de disponibilidad, mantenimiento, la actualización tecnológica y la formación, de la alta tecnología en diagnóstico y tratamiento por imagen del Nuevo Hospital Universitario “Son Dureta” en Palma de Mallorca (Son Espases) objeto de esta memoria descriptiva incluye los equipos de las siguientes familias médicas:

Equipos de diagnóstico médico o tratamiento realizado mediante la obtención de imágenes. Ello incluye las imágenes obtenidas mediante radiaciones ionizantes (radiología convencional o compleja, medicina nuclear), ultrasonidos, resonancia magnética y campos magnéticos así como todos los equipos de apoyo y/o soporte para obtener, procesar, analizar, archivar, recuperar y gestionar esta información.

[...]

La contratación final incluirá en su objeto el suministro, instalación, legalización, mantenimiento, formación e interconexión con el Sistema Informático del Nuevo Hospital del equipamiento de alta tecnología en diagnóstico y tratamiento por la imagen del Nuevo Hospital Universitario “Son Dureta” en Palma de Mallorca (Son Espases) definidos en la memoria descriptiva final.

Para adaptar los diferentes sistemas y equipos de los posibles licitadores deberán realizarse una serie de actuaciones subsidiarias de la instalación del propio equipamiento y que complementarán al mismo. Por tanto, a través de este concurso se responsabilizará al suministrador de los equipos de diagnóstico y tratamiento por la imagen de las instalaciones del equipamiento y obras necesarias para disponer del servicio acabado y en funcionamiento, con todos los servicios auxiliares.

[...]

El contrato y adjudicación se entenderá como “llaves en mano”. Por tanto incluirá todos los materiales, equipamientos, complementos, ayudas de obra y puesta en funcionamiento de la instalación, garantizando los plazos de entrega, colaborando y asesorando al equipo de arquitectos e ingenieros responsables de la Dirección de obra, con un compromiso de actualización tecnológica a corto, medio y largo plazo.

L’apartat 1.2.4 fa referència a la planificació del pla d’operativitat del projecte de subministrament i instal·lació de l’equipament i manteniment i indica que:

Después de la adjudicación el contratista redactará un proyecto global de equipamiento e instalación del equipamiento o plan de montaje que



incluirá toda la documentación técnica genérica de los equipos y particulares de las instalaciones, en base a la documentación entregada por la Propiedad. En función de los requerimientos de instalación de los equipos que proponga el licitador se elaborará el proyecto de instalación de equipos.

El document contractual anomenat “Programa funcional del diàleg competitiu per a la contractació de l’equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d’alta tecnologia en diagnòstic i tractament per la imatge per al nou Hospital Son Dureta a Son Espases” disposa, en l’apartat 10, que les ofertes tècniques dels candidats han d’incloure una memòria del projecte d’instal·lacions de l’equipament.

El document contractual anomenat “Determinació i definició dels mitjans adequats, com a conclusió de la Mesa Tècnica del Diàleg Competitiu, per a l’equipament d’alta tecnologia en diagnòstic i tractament per la imatge per al nou Hospital Son Dureta a Son Espases” es refereix, en l’apartat 1.3, a l’objecte del contracte en termes pràcticament idèntics als del Document descriptiu i afegeix que:

El alcance de la disponibilidad de servicio con todas sus partes a pleno funcionamiento con las características mínimas definidas en el presente documento y documentos que lo acompañan serán:

- Plan aprovechamiento, traslado incluida la actualización tecnológica, o baja en su caso, del equipamiento del inventario actual Hospital Son Dureta.
- Suministro de los nuevos equipos y de los elementos auxiliares indicados en este expediente aptos para su uso, así como la actualización tecnológica.
- Suministro ejecución y montaje de las instalaciones de los equipos necesarias según proyecto para dejar operativo el servicio.
- Proyecto de implantación de las salas de “Diagnóstico y tratamiento por imagen” con los equipos definidos en el concurso y los servicios auxiliares, de acuerdo con las condiciones técnicas fijadas en este documento.
- Proyecto de gestión, adquisición, archivo y procesamiento de las imágenes generadas por los equipos e integración con el nuevo sistema de información del hospital.
- Disponibilidad para lo que se indicarán los criterios de mantenimiento integral y uso de los equipos.
- Puesta en marcha de los equipos, formación y pruebas de recepción.
- Legalización de los equipos e instalaciones.
- Documentación “As-built” de los equipos y de las instalaciones.



L'apartat 23, relatiu a les prerrogatives del contractista, indica que:

23.1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato, y a ejecutar el contrato con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el presente Documento de Determinación de Medios y en el contrato, así como las instrucciones que, en su caso, le diere por escrito el responsable del contrato designado por el órgano de contratación, quien podrá, asimismo, ajustar el ritmo de entrega de los bienes a suministrar.
[...]

23.3. El contratista estará obligado a realizar todas las operaciones que resulten necesarias para la instalación, puesta en funcionamiento o puesta en marcha de los bienes a suministrar, de conformidad con lo establecido en el Documento de Determinación de Medios y en el contrato, considerándose su coste incluido en el precio del contrato.

Pel que fa a l'incompliment del contracte, l'apartat 19 d'aquest document estableix el següent:

En el caso de que el contratista realizara defectuosamente el objeto del contrato, o incumpliera el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida, o bien imponer una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento, en una cuantía que podrá alcanzar el 10 % del presupuesto del contrato.

D'acord amb la documentació contractual esmentada, la instal·lació de l'equip de ressonància magnètica intraquirúrgica, les obres necessàries per posar en funcionament la instal·lació i la legalització dels equips i les instal·lacions són responsabilitat del contractista.

5. El primer motiu d'impugnació fa referència a la manca d'acreditació de la relació de causalitat entre l'incompliment que s'imputa al contractista i el tancament del quiròfan número 6 del bloc quirúrgic D de l'Hospital (en endavant, quiròfan o quiròfan 6D).

El recurrent al·lega que, encara que la instal·lació de l'equip de ressonància magnètica intraquirúrgica i les instal·lacions elèctriques pròpies d'aquest equip són responsabilitat de l'empresa, es varen detectar defectes en la instal·lació que no eren responsabilitat seva, sinó que afectaven la construcció i que, per tant, eren responsabilitat de l'empresa constructora.



El recurrent afirma que, no obstant això, es va fer càrrec de la reparació íntegra de la instal·lació elèctrica del quiròfan, com li exigia l'Hospital, i que aquesta intervenció global es va estendre en el temps —més d'un any— a causa de la indecisió de l'Hospital, mentre que si només s'hagués fet càrrec de reparar allò que li corresponia hauria pogut finalitzar la reparació en sis o vuit setmanes.

També al·lega que no s'havia detectat cap fuga elèctrica en l'equip fins que havien transcorregut sis mesos des de la posada a disposició de l'equip i que, a més, el quiròfan va continuar operatiu fins al 23 de gener de 2012, fet que demostra que les fugues no suposaven un perill greu per a la salut dels pacients i que, en cas que ho fossin, el quiròfan podria haver continuat funcionant sense usar l'equip de ressonància magnètica.

A més, el recurrent considera que cap dels informes que varen servir de base a la proposta d'inici del procediment d'imposició de penalitats conclou que les fugues elèctriques detectades en el quiròfan siguin imputables exclusivament a General Electric Healthcare España, SAU, com a conseqüència de defectes en la instal·lació elèctrica de l'equip.

En conclusió, el recurrent considera que el tancament del quiròfan no es va produir a causa dels defectes de la instal·lació de l'equip de ressonància magnètica —ja que el quiròfan podria haver seguit en funcionament si s'hagués desconnectat l'equip—, sinó a causa dels defectes de la instal·lació duita a terme per l'empresa responsable de la construcció de l'Hospital.

Determinar si hi ha una relació de causalitat entre l'incompliment que s'imputa al contractista i el tancament del quiròfan 6D és una qüestió purament tècnica, i no jurídica, que ha estat analitzada en els informes tècnics que s'han emès durant el procediment.

Cal assenyalar que és aplicable a aquest cas la doctrina sobre la discrecionalitat tècnica de l'Administració. El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals s'ha pronunciat en nombroses resolucions sobre aquesta doctrina, com ara en les resolucions 87/2011, de 23 de març; 234/2011, de 5 d'octubre; 269/2011, de 10 de novembre; 177/2014, de 28 de febrer, i 318/2015, de 10 d'abril. En aquesta darrera Resolució, el Tribunal manifesta que:

Dicha doctrina parte de la presunción de imparcialidad y acierto que merecen las opiniones técnicas emitidas por los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración pública. Partiendo de dicha



presunción, se ha dicho en diversas ocasiones que la revisión que cabe efectuar de las conclusiones técnicas alcanzadas por el órgano encargado de la valoración de las ofertas únicamente puede ser revisada cuando se evidencia la existencia de un error material o arbitrariedad en la misma o bien cuando la motivación resulta insuficiente, pero en ningún caso cabe que por las partes se pretenda simplemente sustituir tales conclusiones por sus propias consideraciones.

En l'informe de l'organisme de control autoritzat TÜV Rheinland Inspection, Certification & Testing, SL, de 28 de desembre de 2011 sobre la revisió del detector de fugues del quiròfan 6D i d'un altre quiròfan de l'Hospital, el tècnic va concloure que en el quiròfan 6 el mesurador detectava un corrent de fuga de la instal·lació molt superior a la de l'altre quiròfan, però que semblava que aquest corrent no era real, i que l'única diferència entre un quiròfan i l'altre era l'existència d'uns filtres electrònics per a la màquina de ressonància que podrien induir a aquest error en el mesurament.

En l'informe de 18 de gener de 2012 de l'empresa Amcontrol, que duu a terme les inspeccions mensuals de seguretat elèctrica obligatòries a l'Hospital, sobre les causes de les elevades fugues elèctriques que els tècnics de l'empresa havien detectat en la inspecció del mes de setembre de 2011 en el quiròfan 6D, el director gerent va indicar, entre altres consideracions tècniques, que la instal·lació d'aquest quiròfan havia estat modificada respecte dels altres quiròfans, que l'havien informat que General Electric Healthcare España, SAU, havia fet aquesta modificació seguint els seus protocols de quiròfans de ressonància magnètiques, i que el problema estava causat per la modificació de la instal·lació.

En l'informe de 29 de maig de 2012 de l'enginyer industrial de l'Hospital es recullen els resultats de les proves efectuades en la instal·lació d'electricitat del quiròfan 6D, en el qual està instal·lat l'equip de ressonància magnètica, i es manifesta el següent:

4. Pruebas instalación electricidad

Se observa que los cables eléctricos de cada uno de los circuitos eléctricos, realiza su paso a través de una Jaula de Faraday intercalando la conexión de unos filtros electrónicos. La finalidad de dichos filtros es eliminar las posibles interferencias en el equipo de resonancia magnética. Se observa que hay un total de 27 filtros instalados en el panel de penetración [...].

5. Comentarios



1. En la instalación con los filtros intercalados en los distintos circuitos, se obtiene un valor de la corriente de fuga de 20 mA. Este valor se considera muy elevado para una instalación eléctrica alimentada a través de un transformador de aislamiento y debería reducirse su valor. Si la instalación dispusiera de un detector de impedancia se obtendría una señal de alarma, según establece la norma UNE 20-615-78.

2. Según el fabricante de los filtros, cada filtro puede alcanzar una corriente de fuga de 3 mA. Se encuentran instalados 27 filtros, intercalados en los circuitos eléctricos de la instalación del quirófano, por lo que se podrían alcanzar corrientes de fuga del orden de 81 mA. La instalación de los 27 filtros no se considera adecuada por poder comprometer la seguridad del paciente, pudiendo quedar sometido a corrientes de intensidad por encima del límite de seguridad para prevenir un microshock.

3. Cuando se elimina el conexionado de los 27 filtros electrónicos la corriente de fuga se reduce a valores del orden de 3 mA. Estos valores se consideran altos debido al equipamiento [d]el quirófano pero dentro de los límites de seguridad.

4. En la instalación eléctrica aislada se encuentra instalado un detector de fugas de origen resistivo que no detecta los altos valores de las corrientes de fuga. Por ello se llega a la conclusión de que las corrientes de fuga son de origen capacitivo, originadas por circuitos electrónicos. Tanto las corrientes de fuga de origen capacitivo como las de origen resistivo pueden comprometer la seguridad del paciente en caso de fallo eléctrico ya que hacen que el sistema eléctrico deje de estar aislado de tierra.
[...]

7. Conclusiones

Las corrientes de fuga de la instalación eléctrica del quirófano deberían ser de un valor inferior al que, en caso de fallo eléctrico, puedan originar una intensidad de corriente de defecto por encima de los límites de seguridad para prevención de un microshock en el paciente. Para ello se recomienda:

1. Sustituir los filtros por otros que presenten valores inferiores de la corriente de fuga.
2. Instalar un único filtro en cada circuito. Al reducirse el número de filtros instalados se disminuirán las corrientes de fuga.
3. Considerar la posibilidad de no alimentar el circuito de monitores a través del transformador de aislamiento. De esta manera se reducirían las corrientes de fuga del orden de 1,4 mA.
4. Instalar un detector de fugas de impedancia de tipo electrónico en lugar del resistivo. De esta manera quedaría controlado en todo momento la aparición de corrientes de fuga de cualquier origen, que pueden poner en



peligro la seguridad del paciente. Se debería de tener en cuenta que cualquier equipo conectado al sistema aislado (bien de forma permanente o esporádica) puede tener un mal funcionamiento debido a cualquier tipo de avería y originar corrientes de fuga capacitivas, que no serían detectadas en el momento de su aparición por un detector de tipo resistivo como el que hay instalado actualmente.

Una vez que se hayan realizado los cambios oportunos en la instalación, de tal forma que se hayan reducido las corrientes de fuga a valores adecuados, dichos cambios deben quedar reflejados en la documentación “as built” y en la legalización correspondiente.

El director mèdic de l'Hospital, en la nota interna de 17 de desembre de 2012 mitjançant la qual demanava al subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals que iniciàs els tràmits per sancionar General Electric Healthcare España, SAU, per l'incompliment del contracte, va manifestar que:

En fecha 20/09/2011, un equipo de Resonancia Magnética quedó parado detectándose a su vez fugas que pueden suponer un riesgo para la salud, más aún en un equipo de estas características.
[...]

Además de la indisponibilidad de dicho equipamiento, el quirófano 6 no se ha encontrado operativo desde la eventualidad detallada, lo que ha ocasionado graves perjuicios al hospital, entre los que cabe destacar:

- Reasignación de recursos del área quirúrgica.
- Reprogramación de intervenciones en dicho quirófano.
- Incrementar la lista de espera por su falta de utilización.
- Seguridad en el paciente, dado que la función específica de dicho equipo es única en el hospital.

En l'informe de 24 de setembre de 2013 de la tècnica de la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals en el qual es proposava la imposició d'una penalitat a General Electric Healthcare España, SAU, es va afirmar, en vista dels informes tècnics emesos, el següent:

- Debido a deficiencias en la instalación eléctrica realizada para la puesta en marcha de la resonancia quirúrgica en el quirófano 6D del HUSE, se produjeron fugas que obligaron al cierre de dicho quirófano hasta que se solventaron las incidencias.
- Durante el período comprendido entre octubre 2011 y junio 2013 el quirófano 6D quedó clausurado, debiendo el hospital trasladar las intervenciones quirúrgicas de neurología a otros quirófanos, con el



perjuicio para la programación quirúrgica que supone contar con un quirófano menos.

Posteriorment, en l'informe sobre les al·legacions presentades per General Electric Healthcare España, SAU, la tècnica de la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals va posar de manifest aquest nexa de causalitat, atès que va considerar provada, basant-se en els informes tècnics emesos, la responsabilitat de l'empresa en la instal·lació incorrecta de la ressonància magnètica, que produïa fugues elèctriques, atès que el problema era la instal·lació dels filtres, i els filtres els havia instal·lat el contractista; que el tancament del quiròfan 6D es va produir com a conseqüència de les fugues elèctriques, que suposaven un risc per a la salut, i que, per tant, el tancament va ser conseqüència directa de la instal·lació incorrecta. També va afirmar que:

Por ello, se considera (i) que Sí ha habido una realización defectuosa del objeto del contrato, (ii) que las fugas capacitivas del quirófano 6D son imputables exclusivamente a la actuación de GEHE y (iii) que hay una clara relación causa-efecto entre dichas fugas y la decisión de clausurar el quirófano, dado que su utilización en las condiciones de aquel momento supondrían un perjuicio grave para la salud de los ocupantes del mismo.

En l'informe de 25 de març de 2014 del tècnic de la Unitat de Coordinació de Serveis Concessionats sobre les al·legacions presentades per General Electric Healthcare España, SAU, es va afirmar que la instal·lació era defectuosa, ja que es produïen fugues excessives, i que la reparació corresponia a General Electric Healthcare España, SAU.

Així doncs, en l'expedient queda acreditat que el quiròfan 6D es va tancar basant-se en els informes esmentats i, especialment, en el risc potencial per a la salut dels pacients.

Pel que fa a les al·legacions que havia presentat l'empresa en relació amb el fet que va haver de fer un projecte d'instal·lacions i amb el retard en la presa de decisions —qüestions que també apunta en l'escrit de recurs—, la tècnica de la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals va manifestar que:

Dado que la instalación original realizada por GEHE presentó los problemas sobradamente comentados, la exigencia de un proyecto es claramente adecuado para asegurar que las soluciones presentadas por GEHE tenían como resultado eliminar las fugas eléctricas y que no surgieran problemas colaterales.



El retraso en la toma de decisiones, en la contratación de ingeniero que realizara el proyecto o en la realización del mismo, no es imputable a la Administración sino que es consecuencia de la organización y sistema de toma de decisiones de la empresa GEHE.

No se trata aquí de no reconocer que la intención de GEHE fuera solventar diligentemente el problema, se trata de reconocer que se produjeron retrasos.

Por otro lado, GEHE olvida que en este contrato él se configura como “socio-tecnológico” de la Administración. Esto significa no sólo una actuación ante los problemas que surgen de forma correctiva sino proactiva. Afirma GEHE que existe un retraso entre la clausura del quirófano y la notificación de las causas de la fuga, cuando se podría achacar perfectamente a GEHE que teniendo conocimiento de que su equipo estaba en situación de no disponibilidad (con las consecuencias económicas que recoge el contrato) no realizara actuaciones para aclarar y solventar el problema.

De los informes recogidos se desprende, como indica HUSE en su escrito de 25 de marzo de 2014, que “la Ingeniera del hospital, ante la falta de actuación por parte de GE tuvo que llevar a cabo medidas y revisiones que realmente formaban parte de lo contratado a GE, como se puede observar en el objeto delimitado anteriormente y en su oferta técnica.”

Per tot això, es pot afirmar que, d'acord amb els diferents informes tècnics que consten en l'expedient —en els quals, tot i haver-hi un error en les dates de tancament del quiròfan, no s'adverteix cap error material que afecti la determinació de la responsabilitat—, la causa de la decisió de tancar el quiròfan 6D de l'Hospital són les fugues elèctriques que s'hi produeixen —que són causades pels filtres de l'equip de ressonància magnètica, la instal·lació del qual és responsabilitat del contractista—, que suposen un risc per a la salut dels pacients, i que la responsabilitat d'aquest tancament correspon en exclusiva a General Electric Healthcare España, SAU.

En definitiva, el Servei de Salut de les Illes Balears ha imposat a General Electric Healthcare España, SAU, una penalitat a causa de l'incompliment del contracte, concretament de l'obligació d'instal·lar correctament l'equip de ressonància magnètica intraquirúrgica d'alta tecnologia en el quiròfan 6D de l'Hospital, i el recurrent no ha desvirtuat la realitat de l'incompliment.

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



6. El segon motiu d'impugnació del recurrent es refereix a la improcedència d'imposar una penalitat amb posterioritat a l'execució de l'obligació.

El recurrent afirma que les penalitats tenen una naturalesa principalment coercitiva, tal com es desprèn de la normativa i de diverses sentències, i que, per tant, no tenen una naturalesa essencialment compensatòria dels danys i els perjudicis causats, motiu pel qual no es poden imposar amb posterioritat a l'execució de l'obligació el compliment de la qual es persegueix.

Així, el recurrent afirma que la penalitat s'hauria d'haver imposat entre el moment en què es varen descobrir els defectes que provocaven les fugues elèctriques en el quiròfan i el moment en què General Electric Healthcare España, SAU, els va reparar, i no, com en aquest cas, amb posterioritat a la reparació, i que, en conseqüència, s'ha vulnerat l'ordenament jurídic i s'ha incorregut en desviació de poder.

Certament, crida l'atenció que el recurrent afirmi, per fonamentar aquest motiu d'impugnació, que la penalitat no té una naturalesa "essencialment" compensatòria, i que, en canvi, per fonamentar el quart motiu d'impugnació, afirmi que sí té aquesta naturalesa.

Com ja s'ha dit abans, la finalitat que l'Administració persegueix amb la imposició de penalitats és essencialment de caràcter coercitiu per garantir el compliment contractual. Es tracta d'una prerrogativa per incentivar el compliment de les obligacions per part del contractista, és a dir, per aconseguir o restablir l'execució adequada quan el contractista incorri en actes o omissions que comprometin o pertorbin la bona marxa del contracte.

No obstant això, tot i que el Tribunal Suprem atorga a les penalitats una naturalesa essencialment coercitiva, també admet la seva finalitat compensatòria i afirma que, igual com en l'àmbit civil, substitueixen la indemnització per danys.

En aquest sentit, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat entén en l'Informe 6/2001, de 3 de juliol, que les penalitats tenen naturalesa compensatòria pels perjudicis ocasionats, i la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana afirma en l'Informe 8/2011, d'1 de febrer, que les penalitats poden representar l'expressió d'una responsabilitat econòmica de caràcter objectiu, com a mecanisme jurídic de correcció dels possibles incompliments contractuals.



En el cas que ens ocupa la imposició de la penalitat no té una finalitat coercitiva, atès que el procediment per imposar la penalitat es va iniciar amb posterioritat a la reparació de les anomalies detectades en la instal·lació de l'equip de ressonància magnètica i, per tant, el contractista ja havia solucionat el problema de les fugues elèctriques que havia provocat el tancament del quiròfan.

S'observa que el que es pretén amb la imposició de la penalitat és indemnitzar el Servei de Salut de les Illes Balears pels perjudicis que li ha ocasionat el tancament del quiròfan, i així consta en l'informe de la tècnica de la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals sobre les al·legacions del contractista, en què afirma que no es penalitza la indisponibilitat de l'equip de ressonància magnètica, sinó el perjudici que la instal·lació incorrecta de l'equip a causa d'una selecció inadequada de filtres va ocasionar a l'Hospital, i que el que pretén l'Administració amb la imposició de la penalitat no és el simple restabliment de la situació original, sinó el rescabament, la indemnització, pel dany total que s'ha causat.

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

7. El tercer motiu d'impugnació fa referència a la manca de proporcionalitat de l'import de la penalitat respecte de la gravetat de l'incompliment suposadament comès.

El recurrent al·lega que la Resolució impugnada no té en compte la complexitat del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat —que implica l'execució de prestacions clarament diferenciades— ni el fet que el subministrament dels equips per a cada quiròfan té un preu individualitzat, i considera que el preu sobre el qual s'hauria d'aplicar la penalitat, en cas que fos procedent, hauria de ser el de l'equip de ressonància magnètica intraquirúrgica del quiròfan 6D de l'Hospital, la instal·lació del qual s'entén defectuosa, i no l'import total del contracte. Així, a parer del recurrent, la protecció de l'interès públic no pot justificar l'aplicació de penalitats abusives, i una penalitat aplicada sobre el total del contracte produiria un enriquiment injust per part del Servei de Salut de les Illes Balears.

De les manifestacions del recurrent —que inclou també diverses apreciacions sobre la manca de relació de causalitat a què ja ens hem referit, el retard del Servei de Salut i el fet que no és necessari l'ús de l'equip de ressonància en totes les intervencions de neurocirurgia— es desprèn que el recurrent considera adequat que, com que el percentatge màxim permès és del 10 %, s'hagi aplicat



una penalitat de l'1,5 %, però no considera adequada la base sobre la qual s'ha aplicat. En definitiva, el recurrent entén que el preu sobre el qual s'hauria d'aplicar el percentatge de la penalitat és erroni, atès que, a parer seu, s'hauria d'haver aplicat sobre el preu de l'equip de ressonància magnètica intraquirúrgica —675.000 euros— i no sobre el preu del contracte.

Com ja hem vist, l'apartat 1 de l'article 196 de l'LCSP disposa que les penalitats per al cas de compliment defectuós de la prestació objecte del contracte han de ser proporcionals a la gravetat de l'incompliment i que la seva quantia no pot ser superior al 10 % del pressupost del contracte. Aquesta possibilitat ha estat recollida també en l'apartat 19 del Document de determinació i definició dels mitjans.

El Document de determinació i definició dels mitjans no concreta les quanties de les penalitats que es poden imposar en els casos de compliment defectuós de la prestació o d'incompliment de les clàusules del contracte; tot i que això pot ser desitjable, el cert és que resulta materialment impossible abraçar tots els possibles incompliments o defectes en l'execució d'aquest contracte.

Davant això, el Servei de Salut de les Illes Balears ha tingut en compte els perjudicis que ha ocasionat el tancament del quiròfan, com ara la necessitat de traslladar les intervencions quirúrgiques de neurocirurgia a altres quiròfans i el consegüent perjudici per a la programació quirúrgica; la minva de la qualitat assistencial, atès que el quiròfan 6D té la consideració d'avançat i en altres quiròfans no és possible fer servir les mateixes tècniques; l'augment de les llistes d'espera, i el cost de l'activitat quirúrgica afectada, que quantifica en 2.195.960 euros o bé en 3.979.824 euros (s'ha de dir que s'aprecia una discordança en la quantia que figura en distints informes i, fins i tot, en un mateix informe).

Així doncs, en aquest cas la imposició de la penalitat té naturalesa compensatòria i per calcular-ne l'import s'han tingut en compte els perjudicis que el tancament del quiròfan ha causat a l'Hospital.

S'ha de dir que tot i que la tècnica de la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals quantifica els danys en 3.979.824 euros i també en 2.195.960 euros —quantificació que no ha estat qüestionada pel recurrent—, posteriorment no proposa una penalitat de cap d'aquests imports, sinó que la redueix substancialment i proposa una penalitat equivalent a l'1,5 % de l'import d'adjudicació del contracte, és a dir, una penalitat de 409.676,95 euros, amb l'IVA exclòs, que equival a 495.709,11 euros, amb l'IVA inclòs.



Tot i així, crida l'atenció el fet que es manifesti que amb la imposició de la penalitat es pretén rescabalar el Servei de Salut dels perjudicis que ha patit, que sembla que es quantifiquen finalment en 2.195.960 euros —xifra inferior a la quantia màxima a què podria ascendir teòricament la penalitat— i que es proposi que s'imposi una penalitat de 495.709,11 euros, amb l'IVA inclòs.

Pel que fa a la gravetat de l'incompliment del contracte, el tècnic de la Unitat de Coordinació de Serveis Concessionats el qualifica de greu des d'un punt de vista assistencial, d'organització i dels perjudicis econòmics que s'han causat a l'Administració. El tècnic destaca el fet que el quiròfan 6D és el de major tecnificació de l'Hospital, amb aplicacions en neurocirurgia; que es varen traslladar 731 cirurgies a altres quiròfans, fet que va afectar l'activitat programada d'altres especialitats; i el cost econòmic que això va suposar.

Pel que fa a l'import sobre el qual s'ha d'aplicar la penalitat, la normativa és clara, atès que, tot i que no és imprescindible que es tracti d'un percentatge, el refereix al pressupost del contracte i no a la prestació concreta que s'ha incomplert, i, a més, no exclou els contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat, ni permet entendre que la gravetat de l'incompliment del contracte es redueixi pel fet que l'incompliment afecti una determinada prestació i no totes les prestacions a què s'havia obligat el contractista. En aquest sentit es pronuncia també l'Audiència Nacional en la Sentència de 9 d'abril de 2014.

S'observa que en el cas que ens ocupa el percentatge s'ha aplicat sobre un import inferior, concretament, sobre l'import d'adjudicació del contracte amb l'IVA exclòs (27.311.796,65 euros), i no sobre el preu del contracte (30.425.511,21 euros), fet que sens dubte beneficia el contractista.

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

8. El darrer motiu d'impugnació es refereix a la improcedència d'incloure l'IVA en l'import de la penalitat, atesa la seva naturalesa indemnitzatòria. El recurrent al·lega que les penalitats no constitueixen contraprestacions per entrega de béns o prestacions de serveis, i que, per tant, no estan subjectes a aquest impost.

Efectivament, d'acord amb el que disposa la Llei 37/1992, de 28 de desembre, de l'impost sobre el valor afegit, no ens trobam davant de cap dels fets imposables que en determinen l'aplicació.



S'observa que el percentatge s'ha aplicat sobre l'import d'adjudicació, amb l'IVA exclòs, amb el resultat d'una penalitat de 409.676,95 euros, i, posteriorment, s'ha incrementat en un 21 % en concepte d'IVA, és a dir, en 86.032,16 euros, amb un resultat d'una penalitat de 495.709,11 euros.

En conseqüència, atès que no és procedent incloure l'IVA en les penes, aquest motiu d'impugnació s'ha d'estimar.

9. L'article 31 de la Llei 30/2007 disposava que:

A més dels casos en què la invalidesa derivi de la il·legalitat de les seves clàusules, els contractes de les administracions públiques i els contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats a què es refereix l'article 17, són invàlids quan ho sigui algun dels seus actes preparatoris o els d'adjudicació provisional o definitiva, pel fet que s'hi doni alguna de les causes de dret administratiu o de dret civil a què es refereixen els articles següents.

Després d'enumerar les causes de nul·litat en l'article 32, l'article 33 disposava que:

Són causes d'anul·labilitat de dret administratiu les altres infraccions de l'ordenament jurídic i, en especial, les de les regles que conté aquesta Llei, de conformitat amb l'article 63 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

En conseqüència, la Resolució del director general del Servei de Salut per la qual s'imposa una penalitat al contractista per incompliment del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en diagnòstic i tractament per la imatge per al nou Hospital Universitari Son Espases no s'ajusta a dret, atès que s'ha inclòs l'IVA en la penalitat. Per tant, aquesta Resolució està afectada per una causa d'invalidesa i s'ha d'anul·lar parcialment en la part corresponent a l'import en concepte d'IVA, de 86.032,16 euros.

Per tot això, dicto el següent

Acord

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa General Electric Healthcare España, SAU, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'imposa una



penalitat al contractista per incompliment del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en diagnòstic i tractament per la imatge per al nou Hospital Universitari Son Espases, atès que s'ha inclòs l'IVA en la penalitat, i, per tant, reduir l'import de la penalitat a 409.676,95 euros i anul·lar la part corresponent a l'IVA, per un import de 86.032,16 euros.

2. Notificar aquest Acord a General Electric Healthcare España, SAU, 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.