



Exp. Junta Consultiva: RES 2/2020

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de servicios de mantenimiento correctivo, preventivo y técnico-legal de los edificios, locales e instalaciones del Sector Sanitario de Llevant (Manacor)

SSCC PA 66/2015 NCASE 20386/2015

Órgano de contratación: Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de septiembre de 2020

Dado el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en adelante, Urbia) contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se imponen penalidades a la empresa por el incumplimiento de varias obligaciones previstas en los pliegos del contrato de servicios de mantenimiento correctivo, preventivo y técnico-legal de los edificios, locales e instalaciones del Sector Sanitario de Levante (Manacor), la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 17 de septiembre de 2020, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 22 de mayo de 2017, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears y el representante de la empresa Roig Obres Serveis i Mediambient, SA, (actualmente, Urbia) formalizaron el contrato de servicios de mantenimiento correctivo, preventivo y técnico-legal de los edificios, locales e instalaciones del Sector Sanitario de Llevant (Manacor) por importe 1.449.277,50 euros.
2. El 11 de febrero de 2019, la directora gerente del Hospital de Manacor propuso, en base al informe previo de la jefe del Servicio de Mantenimiento de la Gerencia del Hospital de Manacor de 7 de febrero de 2019, iniciar un procedimiento de imposición de penalidades a la contratista por importe de 154.229,12 euros a la empresa Urbia por varios incumplimientos

contractuales cometidos en el periodo de junio de 2017 a mayo de 2018. Concretamente, el retraso en la presentación de un informe de auditoría inicial exigido en el pliego – penalidad 1 – y la falta de realización de horas anuales adicionales que había ofrecido el contratista en su oferta –penalidad 2.

3. El 30 de enero de 2020, después de la tramitación de un procedimiento con audiencia de la empresa interesada, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución de imposición de penalidades siguiente:

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 las penalidades impuestas es de 105.141,31 euros y la citada Resolución se notificó al contratista el 10 de febrero.

4. El 9 de marzo de 2020, el representante de la empresa Urbia presentó al registro de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de imposición de penalidades y solicitó, como medida provisional, la suspensión de la ejecución de la Resolución, dados los perjuicios irreparables que podría causarle. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el mismo día.
5. El 14 de marzo de 2020, mediante la Disposición Adicional Tercera de 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 la Covid-19, quedaron suspendidos los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos, entre otros, del recurso interpuesto.

6. El 23 de mayo de 2020, el artículo 9 de 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 la Covid-19, dispuso 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. De acuerdo con el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se ha solicitado al órgano de contratación la remisión del expediente y del informe jurídico correspondiente, que lo ha remitido el 15 de junio de 2020.
8. El 19 de junio, mediante Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha desestimado la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se impone una penalidad por incumplimiento de un contrato de servicios tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Contra este acto puede interponerse el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. Dado que la tramitación del expediente de contratación a que hace referencia la imposición de la penalidad se inició en 2017, es aplicable la normativa vigente en aquel momento, en concreto, el Texto refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

3. La empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación y lo ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro de plazo adecuado.
4. La recurrente fundamenta el recurso, en resumen, en las siguientes alegaciones:
 - En cuanto a la demora en la presentación del informe de auditoría, considera que esta no es imputable a la empresa o, en todo caso, no toda. Por eso, no debería penalizársele o, en todo caso, la penalidad debería reducirse.
 - En cuanto a la falta de realización de las horas adicionales por parte de la empresa, considera que la Administración no ha acreditado el incumplimiento. Además, desde el inicio del contrato se acordó que se realizarían propuestas para sustituir parte de estas horas por otros trabajos.
 - En cuanto al importe de la penalidad total que se le impone por los dos motivos mencionados en los puntos anteriores, considera que es desproporcionado y excesivo, puesto que se refiere al primer año de los tres que dura el contrato y ya casi llega al porcentaje máximo legalmente previsto del 10% del presupuesto.

Con estos argumentos, la recurrente solicita que se declare nula la Resolución de imposición de penalidades por incumplimiento del contrato.

5. Por su parte, el responsable del contrato de la Gerencia del Hospital de Manacor (en adelante GHM), así como el Servicio de Coordinación Administrativa del órgano de contratación han elaborado los informes de 30 de abril de 2020 y 2 de junio de 2020 respectivamente, mediante los que se oponen al recurso especial interpuesto.
6. Antes de entrar a analizar las alegaciones del recurrente, es necesario hacer una breve pincelada a lo que prevé la normativa y la jurisprudencia en relación con la imposición de penalidades por incumplimiento del contrato.

El TRLCSP, que resulta de aplicación en este caso, preveía en el apartado 4 del artículo 87 la posibilidad de establecer penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, y en el artículo 212, que la Administración pueda imponerlas, de acuerdo con las previsiones específicas de los pliegos, en los casos de ejecución defectuosa de la prestación objeto del contrato o de incumplimiento de los compromisos adquiridos o de las condiciones especiales de ejecución que se hubiesen establecido en los pliegos y en el anuncio de licitación. Las penalidades, que deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y no pueden superar el 10 por ciento del presupuesto del contrato, pueden imponerse mediante Resolución dictada por el órgano de contratación, a propuesta del responsable del contrato, y pueden hacerse efectivas mediante deducción de las cantidades a abonar al contratista, o sobre la garantía cuando no puedan deducirse de las certificaciones.

La finalidad que la Administración persigue con la imposición de penalidades es, esencialmente, coercitiva – no sancionadora – para estimular o garantizar el cumplimiento del contrato. Así, las penalidades responden a un incumplimiento obligacional que se enmarca en los poderes de dirección, inspección y control de que dispone el órgano de contratación en garantía del interés público. Pero por otro lado, también se admite que las penalidades tengan una finalidad compensatoria o indemnizatoria y se equiparan a las cláusulas penales del artículo 1152 del Código Civil, que prevé que: "*En las obligaciones como 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 adecuado mencionar la reciente Sentencia núm. 1689/2019, de 21 de mayo de 2019, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que se ha dictado, en parte, en interés casacional para la formación de jurisprudencia y aclara algunos aspectos materiales y formales de la imposición de penalidades contractuales que resultan de gran interés:

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 previene 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 prescripción 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.

Esta reciente Sentencia viene a desplazar el criterio doctrinal y jurisprudencial que, hasta ahora defendía la necesidad de tramitar un procedimiento para la imposición de penalidades, y que en la práctica, dada la inexistencia de un procedimiento específico en la legislación de contratos, comportaba la aplicación del procedimiento administrativo común, y en consecuencia, del régimen de caducidad que se prevé. Con este criterio, algunas Sentencias como, por ejemplo la STSJ AR 640/2018, consideraban caducado el procedimiento de imposición de penalidades cuando la Resolución de fin del procedimiento se había notificado fuera del plazo de los tres meses previstos en el artículo 42.3 de la ley de procedimiento administrativo común.

Dada la relación de los hechos del expediente que nos ocupa, y aplicando este criterio, la Resolución de imposición de penalidades de 30 de enero de 2020, que es motivo de impugnación, debería considerarse contraria al ordenamiento jurídico por haber caducado el procedimiento, puesto que el órgano de contratación tardó cerca de doce meses en tramitar el procedimiento de imposición de penalidades.

No obstante, dado el valor casacional de la Sentencia 1689/2019 del Tribunal Supremo antes mencionada, debe afirmarse que, en este caso, el procedimiento no puede considerarse caducado, y por tanto, la Resolución impugnada no contiene irregularidad alguna en este sentido, puesto que de acuerdo con la nueva línea jurisprudencial, los procedimientos de imposición de penalidades no están sometidos a un plazo de caducidad porque no pueden considerarse procedimientos autónomos o diferenciados dentro del procedimiento contractual; en cambio, deben considerarse decisiones o trámites de la fase de ejecución del contrato, lo cual comporta que en la imposición de penalidades no debe haber un procedimiento, sino un expediente, entendiendo por expediente la documentación de la sucesión de actuaciones que integran un procedimiento, de tal manera que puede implicar sólo la constancia documental de decisiones.

7. A continuación hay que entrar a analizar los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y los pliegos de prescripciones técnicas (PPT), que constituyen, de acuerdo con reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, la "Ley del contrato", de tal manera que aquello que se prevé en ellos, si no se impugna en su momento, debe considerarse

consentido y firme y, en consecuencia vincula a todas las partes, la Administración y el contratista.

Como consecuencia de la aplicación de este principio, todas las incidencias del contrato, su ejecución y los derechos del contratista y las facultades de la Administración, deben ajustarse estrictamente a las previsiones contenidas en los Pliegos. De hecho, en la cláusula 24.1 del PCAP del contrato, consta expresamente 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"*.

Además, concretamente en relación con la ejecución y la responsabilidad del contratista en el caso de los contratos de servicios, el artículo 305 TRLCP disponía que:

1. El contrato se tiene ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación.
2. El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.

En el cuadro de descripción del contrato del PCAP consta que el objeto del contrato era el servicio de mantenimiento general de los edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario Llevant, lo cual incluía tanto el Hospital de Manacor como los Centros de Salud y las Unidades Básicas de las Comarcas del Pla y del Llevant de Mallorca (en total, 32 edificios o instalaciones), con el objetivo de mantenerlas acondicionadas y operativas para poder atender las necesidades de atención médica a los pacientes y trabajadores del sector.

7.1 Por un lado, en relación con la primera penalidad, consistente en el incumplimiento del plazo estipulado para la presentación del informe de auditoría inicial, la letra S del cuadro de características del contrato del PCAP establece que:

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

[...]

4. Por la demora en la presentación del informe de auditoría 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 punto 3.1 del PPT, relativo a la auditoría técnica legal sobre el estado inicial de las instalaciones y el plan de mantenimiento, establece lo siguiente:

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 todas las costas 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 las letras a) y b) de este mismo apartado se relacionan los trabajos que deben llevarse a cabo en la elaboración de la auditoría y consta expresamente que:

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

Finalmente, en el punto 3.2 del PPT se establece 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 números 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 auditoría y entrega del informe.

7.2 Por otro lado, en relación con la segunda penalidad, consistente en la falta de realización de las horas extraordinarias por parte de la empresa los pliegos disponen que:

En caso de que el incumplimiento afecto a las características tenidas en cuenta para definir los criterios de adjudicación (arte. 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.
 [...]

Comprobado el PCAP, en el punto 2.1 de la letra B del cuadro de criterios de adjudicación del PCAP se prevé valorar lo siguiente:

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

Y dada la oferta que la empresa ahora recurrente presentó de acuerdo con el Anexo VII del PCAP que se puso a disposición de los licitadores interesados, esta se comprometió a realizar el siguiente número de horas de cobertura adicionales:

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. Entrando con detalle en el fondo de las alegaciones de la empresa recurrente, hay que decir lo siguiente:

8.1 En relación con la primera penalidad, consistente en la demora en la presentación del informe de auditoría, la recurrente considera que esta penalidad no tiene razón de ser, porque no le es imputable o, en todo caso, no toda. Concretamente, argumenta que el 22 de julio de 2017 proporcionó al órgano de contratación las propuestas y los presupuestos de tres empresas, pero no fue hasta el día 9 de octubre que el órgano de contratación le comunicó que la empresa seleccionada para llevar a cabo la auditoría era NAT Ingenieros (en adelante, NAT) y que en aquel momento esta empresa no contó con la disponibilidad necesaria para llevar a cabo el trabajo de auditoría. Partiendo de esto, la recurrente señala como responsables del retraso, en primer lugar, a NAT, a la que considera que es a quien debe reclamarse, puesto que era la encargada de llevar a cabo la auditoría; en segundo lugar, considera responsable a la Administración, puesto que encuentra que si no se hubiera demorado cinco meses al seleccionar la empresa auditora, habría tenido disponibilidad para llevar a cabo el informe.

Finalmente, la recurrente invoca el principio de proporcionalidad y considera que el órgano de contratación tendría que haberle concedido un tiempo equivalente al que la Administración se demoró, – según ella, cinco meses–; así, según sus cálculos, el cómputo del plazo para empezar a contar la obligación de presentar la auditoría habría sido el mes de febrero de 2018 y la fecha para presentarla el día 18 de mayo de 2018; de este modo, el recurrente calcula que los días de demora en la presentación serían solo de 9 – en lugar de 113 días que ha calculado la Administración – y, por tanto, la penalidad impuesta por importe de 37.596,31 € debería reducirse a 2.395,53 €, lo que equivale al 1% de la facturación mensual por 9 días de demora.

Estos argumentos deben rechazarse totalmente por los siguientes motivos:

Por un lado, pretender que NAT sea la responsable del retraso resulta improcedente, puesto que el artículo 227.4 del TRLCSP dispone que los subcontratistas quedan obligados solo ante el contratista principal, que es quien asume la total responsabilidad de la ejecución del contrato ante la Administración. Así, a la hora de imponer las penalidades, la Administración

debe imponerlas al contratista, independientemente de que la prestación tuviese que ejecutarla un subcontratista.

Por otro lado, señalar como responsable a la Administración también resulta inaceptable, puesto que la obligada a cumplir con un plazo concreto era la contratista, no la Administración. En el punto 3.2 del PPT, que detalla la cronología del Plan de Mantenimiento Preventivo y Técnico-legal, consta que la Gerencia del Hospital de Manacor disponía de un periodo de estudio y posterior elección de la consultora que debía realizar la auditoría, pero no establece ningún plazo tasado para llevarlo a cabo.

Desde el 9 de octubre de 2017 Urbia conocía que NAT había sido la seleccionada, pero no consta que comunicase al responsable del contrato ningún tipo de problema para llevarla a cabo, ninguna referencia a que la oferta de NAT ya no fuese vigente o que no pudiese asumirse la tarea encomendada. Además, comprobadas las fechas que constan en el expediente, no es cierto que la Gerencia se demorase cinco meses en comunicarle la empresa seleccionada, — como afirma la recurrente—, sino que tardó cuatro meses y cuatro días, sin que este tiempo pueda considerarse una demora, puesto que, como ya se ha mencionado, la Gerencia no estaba sometida a la obligación de dar cumplimiento a un plazo concreto.

Según el punto 3.2 del PPT mencionado, el Plan de Mantenimiento Preventivo y Técnico-legal de todos los centros debía quedar conformado dentro de la siguiente cronología:

- . 15 días naturales del inicio del contrato para la implantación del plan presentado en la oferta y aportación de los números 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 auditoría y entrega del informe.

En la resolución impugnada consta que el plazo de 3 meses para la realización de la auditoría y la entrega del informe se inició el 9 de octubre de 2017 —fecha en que se le comunicó a Urbia que NAT sería la encargada de elaborar el informe —; en consecuencia, la contratista disponía hasta el día 9 de enero de 2018 para entregarlo, pero no lo hizo hasta el 25 de junio de 2018, lo cual equivale a una demora de 5 meses y medio, o 113 días hábiles, que son los penalizados en la Resolución impugnada.

Tampoco resulta adecuado, que al amparo del principio de proporcionalidad deba concederse al contratista un tiempo equivalente al

que la Administración tardó en seleccionar a la auditora. Para empezar, esta posibilidad no está prevista en los pliegos, que son la ley del contrato y, además, ni las fechas ni los cálculos en los que se basa la recurrente son correctos, ni coinciden con el que consta en el expediente administrativo y en el Fundamento de Derecho tercero de la Resolución impugnada. Y, finalmente, tampoco es cierto que se haya sancionado a la recurrente por el retraso de la Administración, puesto que ha quedado acreditado que en el cómputo de los días que han servido de base para imponer la penalidad no se han tenido en cuenta los días que tardó la Administración en decidir la empresa auditora.

Así, dado que ha quedado acreditado que la recurrente incumplió el plazo estipulado para la presentación de la auditoría, debe confirmarse la imposición de una penalidad por importe de 37.596,31 euros.

8.2 En relación con la segunda penalidad, consistente en la falta de realización de las horas extraordinarias por parte de la empresa Urbia, la recurrente alega que la Administración no ha acreditado el incumplimiento, que su empresa realizó 1.650 horas adicionales y que no entiende el cálculo que la Administración ha realizado para obtener el número de horas que han servido de base para imponerle la penalidad.

También añade que desde el inicio del contrato se acordó que se realizarían propuestas para sustituir parte de estas horas por otros trabajos y que durante todo el periodo se intentó acordar esta sustitución. Alega que Urbia realizó propuestas en este sentido, entre otras, compensar estas horas con el equivalente en horas trabajadas por el personal subrogado o costes de este personal —7.866,02 horas o 102.711,90 euros. También alega que la Administración había planteado incorporar las horas «remanentes» al calendario del periodo siguiente, pero no sancionarla.

Manifiesta también que la Administración no puede acreditar que haya requerido formalmente a la empresa la realización de estas horas y, según la letra S del cuadro de características del contrato del PCAP, debía hacerlo. La Administración tampoco le comunicó que tenía que realizar estas horas en el periodo de un año, por lo que no hay incumplimiento alguno, puesto que no ha finalizado en contrato y, por tanto, tampoco ha finalizado el periodo de realización de estas horas.

Y finalmente alega que el importe de la penalidad es desproporcionado y no tiene la finalidad de corregir la actuación de la empresa, sino de sancionarla.

Estos argumentos se tienen que rechazar totalmente por los motivos siguientes:

Según el punto 2.1 B del cuadro de criterios de adjudicación del PCAP, se valoraba el ofrecimiento de los licitadores de un aumento de horas de la cobertura anual obligatoria del contrato. Y de acuerdo con el Anexo VII del PCAP las horas adicionales de cobertura se podían referir a personal con la categoría de oficial, ya fueran oficiales 24 horas, correctivos, preventivos o conductivos estéticos.

La determinación y la ponderación de los criterios de adjudicación de un contrato es competencia discrecional del órgano de contratación, siempre que guarden relación con el objeto del contrato y se garanticen los principios de la contratación pública. En el expediente que nos ocupa, los oficiales que se consideraron necesarios para dar cobertura al servicio contratado se estableció, según el pliego y el informe de precios, en un total de 10 oficiales. No obstante, el órgano de contratación consideró que, además, los licitadores podían ofrecer hasta un máximo de 5.000 horas adicionales anuales de oficial, lo cual se valoraría como criterio de adjudicación para mejorar la prestación del servicio.

Según la oferta de Urbia, esta se comprometió a realizar el máximo de horas adicionales anuales previstas como criterio de adjudicación, esto es 5.000 horas, hecho que le permitió conseguir la máxima puntuación prevista en el pliego y resultar la adjudicataria del contrato. Teniendo en cuenta esta oferta, esto le debía suponer a la empresa el equivalente a poner a disposición del contrato un refuerzo del servicio en dos personas más, a jornada completa, de la categoría de oficial.

En opinión de la Junta Consultiva, los pliegos y la oferta que presentó Urbia no generan confusión y son claros: la periodicidad de las 5.000 horas adicionales ofrecidas era anual y la manera en que se tenían que llevar a cabo las horas era mediante tareas propias del personal con categoría de oficial (24 horas, correctivos, preventivos o conductivos estéticos).

Y en cuanto a las horas realizadas, según el cuadro de horas de recursos humanos (RRHH), anexo al Informe de la jefa del Servicio de Mantenimiento del Hospital de Manacor de día 7 de febrero de 2019, del total de 5.000 horas adicionales que Urbia ofreció, en el periodo comprendido entre junio de 2017 y mayo de 2018 que se sanciona, solo justificó haber realizado un total 688,5 horas. En el Informe de 30 de abril de 2020, emitido en relación

con el recurso, la misma jefa de Mantenimiento se reafirma en que las horas adicionales llevadas a cabo fueron las mencionadas 688,5 y deja constancia que las 1.650 horas que la recurrente alega haber realizado nunca han sido acreditadas.

Por otro lado, la alegación relativa a un presunto acuerdo de la empresa con el órgano de contratación para sustituir las horas adicionales no realizadas por otros conceptos o para posponerlas a otras anualidades, debe rechazarse totalmente. Comprobado lo que consta en el expediente, en concreto el informe de la jefa del Servicio de Mantenimiento de la GHM de 30 de abril de 2020 y la documentación que se adjunta, consistente en varios correos electrónicos mantenidos entre el Responsable del contrato y los representantes de la empresa, puede afirmarse que la Administración recordó y requirió a la empresa, en varias ocasiones, para que presentase "*propuestas de solución de la bolsa de horas, para revisarlas*". Sin embargo, en los correos electrónicos consta literalmente, entre otras cosas, lo siguiente:

"[...] las propuestas se deben hacer dentro del marco del contrato, los pliegos y la ley de contratos"; "[...] la propuesta de transformar horas en € no es viable porque no se ajusta ni a los pliegos ni a la Ley 9/2017"; "[...] el que se propone supone una modificación del contrato no prevista en los pliegos y tampoco reúne los requisitos para poder aplicar el artículo 205 de la Ley 9/2017 en lo referente a las modificaciones no previstas en los pliegos. Por lo tanto, la opción no la veo posible".

Por tanto, descartado que existiese ningún tipo de acuerdo en el sentido que alega la recurrente, lo que sí ha quedado acreditado es la realidad del incumplimiento del contrato imputable a la contratista, a pesar de los intentos del Responsable del contrato, en ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección de la buena ejecución del contrato (cláusula 4.11 del PPT), de hacer cumplir los compromisos contractuales, en este caso, mediante la exigencia a la contratista de una planificación de las horas adicionales ofrecidas en función de las tareas de oficiales a realizar en el Hospital de Manacor o en los diferentes centros de salud objeto del contrato. En este sentido, también debe rechazarse la alegación de la recurrente, que afirma que la Administración no puede acreditar que hubiese requerido formalmente a la empresa la realización de estas horas, de acuerdo con la letra S del cuadro de características del contrato del PCAP, puesto que existen acreditadas en el expediente las comunicaciones por correo electrónico que lo desmienten.

Así, dado que queda acreditado que la empresa solo realizó 688,5 horas de las 5.000 horas/año correspondientes al periodo de junio de 2017 a mayo de 2018, la penalidad queda fijada en 64.672,5 euros.

10. Finalmente, el recurrente alega que el importe de la penalidad total que se le impone es desproporcionado, puesto que se refiere al primer año de los tres que dura el contrato y ya casi llega al porcentaje máximo legalmente previsto del 10% del presupuesto.

En primer lugar, hay que recordar al recurrente que las penalidades que se le han impuesto, se encontraban previstas en el PCAP, y lo que se prevé en él, si el licitador no lo impugnó en su momento, debe considerarse consentido y firme y, en consecuencia vincula a ambas las partes contratantes, la Administración y el contratista.

En segundo lugar, es cierto que el artículo 212 TRLCSP permite imponer penalidades, proporcionales a la gravedad del incumplimiento, que no superen el 10 por ciento del presupuesto del contrato; no obstante, el recurrente se equivoca en la interpretación que hace de este artículo, que debe entenderse teniendo en cuenta que las penalidades — en plural —, deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y no pueden superar — cada una de ellas — el 10 por ciento del presupuesto del contrato.

Si bien esta era la voluntad del legislador del TRLCSP, hay que reconocer que ha sido mucho más claro y acertado en la redacción el actual artículo 192 de la LCSP, en el que literalmente consta lo siguiente:

[...] Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

Por ello, las penalidades impuestas — la primera, por importe de 37.596,31 € y la segunda, por importe de 67.545 €—, deben considerarse proporcionadas y se encuentran dentro de los límites del 10 por ciento legalmente establecido, y en consecuencia, deben rechazarse los argumentos de la recurrente y debe confirmarse la Resolución impugnada en todos sus pronunciamientos.

Por todo esto, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se imponen varias penalidades a la empresa por incumplimiento de varias obligaciones previstas en los pliegos del contrato de servicios de mantenimiento correctivo, preventivo y técnico legal de los edificios, locales e instalaciones del Sector Sanitario de Llevant (Manacor).
2. Notificar este Acuerdo a Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.