



Exp. Junta Consultiva: RES 9/2022

Resolución de los recursos especiales en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de suministro de equipos de protección individuales para los trabajadores de los centros educativos de las Illes Balears (CONTR 2021/18205)

Órgano de contratación: Consejería de Educación y Formación Profesional

Recurrente: Farmadosis, SL

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 28 de octubre de 2022

Visto el recurso especial en materia de contratación que la empresa Farmadosis ha interpuesto contra la Resolución del consejero de Educación y Formación Profesional por la cual se le imponen penalidades por incumplimiento del contrato de suministro de equipos de protección individuales para los trabajadores de los centros educativos de las Illes Balears (CONTR 2021/18205), la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 28 de octubre de 2022, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 24 de enero de 2022, la Consejería de Educación y Formación Profesional y la empresa Farmadosis formalizaron el contrato de suministro de equipos de protección individual (en adelante, mascarillas) para los trabajadores de los centros educativos de las Illes Balears de acuerdo con los PCAP y PPT previamente aprobados.

El precio se fijó según las necesidades de la Administración por precios unitarios por tipos de mascarillas (higiénicas, quirúrgicas o FFP2) con un importe máximo de 2.010.000,00 € (IVA incluido).

El contrato se tramitó por urgencia, por motivo de la pandemia. La duración del contrato se fijó desde la formalización (enero de 2022) hasta el 31 de diciembre de 2022. Según el pliego, una vez formalizado el contrato y de acuerdo con la necesidad de la Consejería, la empresa disponía de un plazo

de 15 días naturales como máximo, a contar desde la fecha en que el responsable del contrato realizase cada petición.

2. El 24 de enero el servicio responsable del contrato hizo un pedido de mascarillas. La empresa recibió el pedido el día 29 de enero de 2022.
3. El 13 de febrero de 2022 finalizó el plazo de los 15 días naturales para llevar a cabo la entrega.
4. El 30 de marzo de 2022, el órgano de contratación inició un expediente de imposición de penalidades a la empresa, por incumplimiento del plazo de entrega del suministro del pedido realizado en fecha 24 de enero de 2022. El importe de la penalidad se fijó en 37.842.13 €, que de acuerdo con el informe propuesta de la responsable del contrato, de 29 de marzo de 2022, se fundamentó en la motivación siguiente:
 - De acuerdo con la cláusula S del PCAP, en el caso de producirse un retraso en el plazo máximo de entrega por causa imputable al adjudicatario la Consejería de Educación y Formación Profesional iniciará un procedimiento de penalidades, aplicando una penalización equivalente al 1% del importe del contrato por cada día de retraso con un límite máximo del 30% del contrato.
 - El precio total del contrato es de 1.661.157,03 € (IVA excluido), por lo tanto el importe de la penalidad es de 16.611,57€ por cada día de demora.
 - Dado que ha habido entregas en fechas diferentes, en los centros educativos especificados en el pedido y, dado que, estas entregas se encuentran datadas, en los correspondientes albaranes de entrega, con la firma por parte de cada uno de los centros receptores, tal como establece la letra P del PCAP se considera que el cálculo se tiene que hacer teniendo en cuenta el número de días de retraso por código de centro donde se tenía que hacer efectiva la entrega.
 - Teniendo en cuenta que se trata de un contrato en el cual el sistema de determinación del precio es por precios unitarios y que, por lo tanto, la adjudicación del contrato es por precios unitarios. El importe total del contrato viene determinado por los precios unitarios de la oferta que constituyen el importe de adjudicación y por el número de unidades solicitadas, en este caso de la primera orden del subministro y no por el importe de licitación.
 - Dado lo anterior, se considera oportuno, recalcular el importe de la penalidad propuesta de acuerdo con la fecha de entrega en cada centro, en función de los días de mora a cada uno de ellos y de cada producto y de acuerdo con los precios unitarios de la oferta, por el número de unidades entregadas a cada centro.
 - Siendo el importe total de la primera orden de suministro de 175.480,00€ (IVA excluido) de acuerdo con el importe de adjudicación de los precios unitarios de la oferta y las unidades encargadas (Anexo 1).
 - Los días naturales de demora son los transcurridos entre el 13 de febrero de 2022 y la fecha de entrega comprobada al albarán de cada centro. O la que corresponda respecto de aquellos centros que se modificó el lugar de entrega en fecha posterior. Se ha tomado como fecha de referencia por aquellos centros donde no se ha entregado el día 25 de marzo a efectos de cálculo de penalidades (Anexo 1).

- De la diferencia resultaron los días de demora y el importe de la penalidad, que se calculó a razón del 1% del precio unitario de las mascarillas por día de demora.
- Realizados los cálculos correspondientes, resulta que la suma de las penalidades por retraso en la entrega del pedido a cada centro educativo, dio lugar a una penalidad total de 37.842,13 €, importe que no llega al límite máximo del 30% del importe total del contrato.

En el informe propuesta de la responsable del contrato se adjuntaba un cuadro, tipo *excel*, que ocupa un total de 33 páginas en el cual se calculaba el importe de la penalidad. En el cuadro se detallaban la fecha del pedido y los días que se entregaron las mascarillas a cada centro educativo, sobre los cuales se aplicaron los precios unitarios de las mascarillas entregadas.

La resolución de inicio se notificó a la empresa el 1 de abril de 2022, concediéndole el correspondiente plazo para presentar alegaciones.

5. El 1 de abril de 2022, la empresa solicitó la rectificación del plazo de alegaciones, puesto que se había fijado en días naturales y no hábiles.
6. El 4 de abril de 2022 se dictó Resolución de rectificar el error de la Resolución de inicio, en los términos siguientes:

Donde dice: "(...) días naturales (...)"

Tiene que decir: "(..) 10 días hábiles (..)"

"para que en el plazo de 10 días hábiles desde el día siguiente de esta notificación la empresa pueda presentar las alegaciones que considere oportunas. "

El 5 de abril de 2022, se notificó a la empresa la rectificación del error.

7. El 22 de abril de 2022, la empresa presentó alegaciones, oponiéndose a la penalidad, en resumen, con los argumentos siguientes:
 - Que en los pliegos no estaba prevista la imposición de penalidades por incumplimiento de plazos parciales.
 - Para calcular los días de demora, se tenía que tener en cuenta que la fecha tope para entregar las mascarillas era el día 5 de marzo y no el 13 de febrero, como se había hecho constar en la resolución de inicio del expediente de penalidades.
 - Con todo y su voluntad de cumplir con los plazos, se dieron circunstancias extraordinarias e imprevisibles de tipo climatológico que le impidieron entregar las mascarillas FFP2 dentro de los plazos contratados.

- Considera nula o desproporcionada la cláusula relativa a la penalidad aplicable por carencia de justificación en el expediente administrativo.
8. El 3 de mayo de 2022, la responsable del contrato emitió un informe propuesta de contestación a las alegaciones, en el cual se oponía a los argumentos de la empresa, confirmaba el incumplimiento y el importe de la penalidad de 37.842.13 €.
 9. El 4 de mayo de 2022, el órgano de contratación, de acuerdo con el informe mencionado y, a propuesta de la Dirección General Planificación, Ordenación y Centros, promotora del contrato, dictó la Resolución de imposición de la penalidad que se impugna, en el sentido siguiente:

Primero.- Imponer la penalidad a la empresa FARMADOSIS, SL con NIF 8574331 12 por un importe de 37.842,13 € para incumplir el plazo de entrega del pedido realizado en fecha 24 de enero de 2022, en conformidad con el PCAP, PPT y contrato firmados.
 Segundo.- La penalidad se deducirá de la factura núm. 1 577 de fecha 27 de abril de 2022, que ha presentado la empresa mediante FACE en fecha 29 de abril de 2022 (Núm. Registre REGAGE22e001 555921 9, núm. factura SAP 2135638 por un importe de 175.479,87 euros en relación al CONTR 202118340.
 Tercero.- Notificar esta resolución por la cual se impone la penalidad a la empresa FARMADOSIS, SL junto con el informe sobre las alegaciones elaborado por el servicio promotor del contrato, de fecha 3 de mayo de 2022 y toda la documentación adjunta.

La Resolución de imposición de una penalidad se notificó a la empresa el 5 de mayo de 2022.

10. El 6 de junio de 2022, el representante de Farmadosis presentó en el registro electrónico general, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de imposición de penalidades del contrato de equipos de protección.
11. 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, la JCCA solicitó al órgano de contratación la remisión de los expedientes y de los informes jurídicos correspondientes.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso especial es la resolución de imposición de penalidades a la contratista por incumplimiento de plazos de entrega en un

contrato de suministro de la Consejería de Educación y Formación Profesional, la cual tiene carácter de administración pública.

Contra estos actos se puede interponer 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 (LRJCAIB). La competencia para resolver este recurso corresponde en 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 cual 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. El régimen jurídico aplicable al fondo es el de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la cual se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

El procedimiento de tramitación del recurso especial del artículo 66 de la LRJCAIB equivale al recurso de reposición de los art. 123 y 124 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP).

3. La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, que se ha interpuesto mediante representante acreditado.
4. El plazo para interponer el recurso especial del art. 66 de la LRJCAIB, de acuerdo con el art. 122 LPACAP, es de un mes desde la notificación del acto impugnado.

Las reglas aplicables al cómputo de los plazos en el procedimiento administrativo se encuentran reguladas al artículo 30 LPACAP, según el cual: cuando los plazos se fijan en meses, estos se computan a partir del día siguiente de aquel en que tenga lugar la notificación [...]. El plazo concluye el mismo día en que se produjo la notificación [...] y en el supuesto de que el último día del plazo sea inhábil, se entiende prorrogado al primer día hábil siguiente.

La resolución de imposición de penalidades que se impugna se notificó a la empresa el 5 de mayo de 2022, pero el plazo para interponer el recurso

acabó el 6 de junio de 2022, — lunes—, puesto que ya el día 5 de junio cayó en domingo, día inhábil a los efectos del cómputo de plazos. Por lo tanto, el recurso presentado el día 6 se tiene que considerar interpuesto dentro del plazo adecuado.

5. En el recurso interpuesto, la recurrente solicita que no se le imponga ninguna penalidad, lo cual alega, resumidamente, en base a los argumentos siguientes:

- Alegación primera. La recurrente alega que en la cláusula S de los pliegos no estaba prevista la imposición de penalidades por incumplimiento de plazos parciales, que es el que se ha penalizado en la resolución impugnada.
- Contestación a la alegación primera. Del PCAP y en el PPT de este contrato, resulta de interés tener en cuenta lo siguiente:

En el cuadro de descripción del contrato del PCAP, se indicó que el objeto del contrato era:

OBJETO DEL CONTRATO: contratación del suministro para la adquisición de equipos de protección individual para los trabajadores de los centros educativos de las Illes Balears, para cumplir con los protocolos establecidos para la prevención de la COVID-19. El contrato se configura como suministro de acuerdo con el artículo 16.3 de la LCSP, a precios unitarios máximos y por lo tanto las unidades que figuran en el PCAP y en el PPT tienen carácter estimativo.

En relación con los plazos de ejecución, hay que tener en cuenta que en la letra D del cuadro de características, se hizo constar el siguiente:

D. DURACIÓN DEL CONTRATO. PLAZO DE EJECUCIÓN. PRÓRROGA

Duración del contrato: Desde la firma del contrato hasta 31 de diciembre de 2022

Plazo de ejecución total:

Plazos de ejecución parciales:

Fecha de inicio del suministro: Una vez formalizado lo contrato y de acuerdo cono la necesidad de la Consejería de Educación y Formación Profesional, **la empresa dispondrá de un plazo de 15 días naturales como máximo, a contar desde la fecha en que el responsable del contrato realice a la empresa cada petición.**

Y en la cláusula 4 del PPT, se indicó que:

Desarrollo y distribución

- El contrato se ejecutará durando todo el año 2022. **El plazo máximo de entrega es, una vez formalizado el contrato, de 15 días naturales desde el momento en el cual el responsable del contrato dé cada una de las órdenes de suministro.**
- **Se realizarán diferentes entregas durante el año 2022.**

Finalmente, en relación con la penalidad aplicable, en la letra S del PCAP, se previó que:

S. PENALIDADES ESPECÍFICAS PARA ESTE CONTRATO

caso de incumplimiento del plazo total:

En caso de producirse retraso sobre el plazo máximo de entrega y que estos retrasos sean imputables al adjudicatario, la Consejería de Educación y Formación Profesional se reserva el derecho de aplicar una penalización equivalente al 1% del importe total del contrato por cada día de retraso, con un límite máximo del 30% del importe total del contrato en caso de incumplimiento parcial de la ejecución del objeto del contrato:

En este caso, de manera similar al contrato de suministro de los purificadores de aire y filtros objeto del expediente de resolución del recurso especial RES 8/2022, también se observa imprecisión en el lenguaje utilizado a la hora redactar los pliegos. Y centrando la cuestión en el plazo de ejecución, hay que advertir, efectivamente, que lo cuadro D del PCAP no se rellenaron los apartados expresamente previstos por el plazo de ejecución, ni totales ni parciales. Y en la letra S del PCAP, tampoco se hizo constar una penalidad específica por el caso de incumplimiento parcial de la ejecución.

Sin embargo, de una lectura detallada del apartado «*Fecha de inicio del suministro*» de cuadro D, del cuadro S del PCAP y de la cláusula 4 del PPT, resulta claro que la voluntad del órgano de contratación era penalizar el retraso de más de 15 días naturales en la entrega de los pedidos; y en este caso, la previsión era que los pedidos serían varios, lo cual concuerda con el plazo de duración del contrato, establecido en casi un año desde la fecha de firma del contrato, el mes de enero de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2022. Además, en este caso, se previó la posibilidad de prorrogar el contrato (letra D del PCAP).

Así, en contra de la opinión de la recurrente, hay que afirmar que el órgano de contratación previó ejecuciones parciales con un plazo de cumplimiento de 15 días, dentro del cual tenían que estar entregados todas las mascarillas pedidos en cada ocasión. En caso de incumplimiento, la contratista quedaría constituida en mora y el órgano de contratación, sin necesidad de intimación previa, quedaba facultado para imponerle penalidades.

Del informe del Servicio responsable del contrato se desprende que el pedido de 29 de enero de 2022 tenía que estar entregada, como máximo, el

día 13 de febrero de 2022, fecha en qué habían pasado los 15 días naturales establecidos en el pliego.

En este sentido, esta alegación se tiene que rechazar.

En relación con el cálculo de la penalidad impuesta, hay que mencionar que en el informe de la responsable del contrato se hizo constar el siguiente:

Las entregas se han realizado de forma parcial, de forma que se efectuó una primera entrega de las mascarillas quirúrgicas y, posteriormente, se han entregado las mascarillas FFP2 e higiénicas. (...)

Día 25 de marzo todavía hay centros que no han recibido el pedido de mascarillas FFP2. **Se toma esta fecha como fecha tope para calcular el importe de penalidades**, a efectos que la empresa considere la entrega a tiempo de esta orden y de órdenes de suministro posteriores.

Dado que ha habido entregas en fechas diferentes, en los centros educativos especificados en el pedido y, dado que, estas entregas se encuentran datadas, en los correspondientes albaranes de entrega, con la firma por parte de cada uno de los centros receptores, tal como establece la letra P del PCAP **se considera que el cálculo se tiene que hacer teniendo en cuenta el número de días de retraso por código de centro** donde se tenía que hacer efectiva la entrega.

Al respecto, hay que decir que las penalidades tienen que ser proporcionales al periodo de incumplimiento y tienen que comprender el periodo existente entre la producción del incumplimiento y la fecha en que se corrija la ejecución defectuosa del contrato. Por lo tanto, por el cálculo de la penalidad se tenía que coger, como "dies ad quem", el día en que se había entregado el pedido completo, incluidas las mascarillas FFP2, y sin que se tuvieran que calcular los retrasos en función de los días de demora a cada centro.

– Alegación segunda. La recurrente considera que para calcular los días de demora se tenía que considerar, como fecha tope para entregar las mascarillas, era el día 5 de marzo, puesto que esta era la fecha que le había indicado la Consejería en un correo electrónico de antes de formalizar el contrato; en su opinión, la fecha del 13 de febrero, tenida en cuenta en el procedimiento de imposición de penalidades, no es la correcta.

Concretamente, la recurrente expone que en comunicaciones previas a la formalización mantenidas por correo electrónico con la responsable del contrato, se le indicó que la fecha tope para entregar las mascarillas era el día 5 de marzo, fecha que de buena fe consideró de aplicación y en base a

la cual planificó las entregas. Además, añade que de acuerdo con el que establece la cláusula 24 del PCAP, la responsable del contrato puede fijar las fechas de la entrega.

– Contestación a la alegación segunda.

Los contratos que celebran las Administraciones Públicas tienen carácter formal y se tienen que formalizar en el correspondiente documento administrativo (arte. 37 LCSP). Y la facultad de celebrar contratos en nombre de la Administración corresponde a los órganos de contratación (arte. 61 LCSP).

Los plazos fijados en el contrato formalizado y en los pliegos son los que obligan a la contratista (art. 300 LCSP), y son los que en caso de incumplimiento, implican consecuencias jurídicas que para la contratista pueden ser significativas, puesto que queda constituida en demora y puede ser penalizada o considerada en causa de resolución del contrato (art.193 LCSP).

La cláusula 24 del PCAP que invoca la contratista, dispone literalmente el siguiente:

El contratista está 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 contrato y en este pliego de cláusulas administrativas particulares; observará fielmente el que establece el pliego de prescripciones técnicas, así como las **instrucciones que, si procede, le dé por escrito el responsable del contrato** designado por el órgano de contratación, **el cual puede ajustar**, así mismo, **el ritmo de entrega de los bienes** que se tienen que suministrar.

Así, según esta cláusula el responsable del contrato puede dado instrucciones a la contratista, por escrito, para ajustar el ritmo de la entrega de los bienes a suministrar y asegurar la realización correcta de la prestación; ahora bien, esta facultad de supervisión de la ejecución no puede comportar la facultad de modificar lo previsto en los pliegos y en el contrato. En relación con las facultades que se atribuyen a la persona responsable del contrato, el art. 62 LCSP, dispone que:

Los órganos de contratación tienen que designar un responsable del contrato al cual corresponde **supervisar la ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la realización correcta de la prestación pactada**, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan.

Por tanto, el día indicado de manera informal en un correo electrónico anterior a la formalización del contrato no se puede considerar la fecha tope de entrega de las mascarillas a los efectos de calcular los días de demora. Así, esta alegación se tiene que rechazar.

En cambio, de acuerdo con el informe propuesta de la responsable del contrato, la demora en la entrega del pedido que la empresa recibió el 29 de enero de 2022 habría empezado el día 13 de febrero de 2022.

— Alegación tercera. La empresa alega circunstancias extraordinarias e imprevisibles que le impidieron dar cumplimiento al plazo de entrega.

Concretamente, expone dificultades en la entrega debida a graves circunstancias meteorológicas de nieve en Turquía,— lugar de origen de las mascarillas FFP2—, lo cual impidió la salida de los contenedores donde se transportaban por vía marítima. También alega dificultades de transporte debido a una huelga general de transporte y aporta, como prueba documental, correos electrónicos mantenidos con varias empresas de importación, un informe del servicio meteorológico de Turquía, así como tres facturas por supuestos sobrecostes de transporte que, según alega, tuvo que asumir para reducir los plazos de demora en la entrega de las mascarillas FFP2.

— Contestación a la alegación tercera. De acuerdo con el art. 300 LCSP:

El contratista está obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y en conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

Los pliegos constituyen la ley del contrato (*lex contractus*), de tal manera que aquello que se previó, si no se impugnó en el momento procesal oportuno, acontece consentido y firme y vincula a las partes. En los pliegos se había previsto que el plazo máximo de entrega era de 15 días naturales, desde cada pedido, lo cual aceptó la contratista desde el momento en que presentó oferta a la licitación.

Los documentos de empresas de importación presentados con el recurso, constan sin fecha ni firma y no acreditan abasto que el contenido de la carga fuera el material objeto de este contrato. Las facturas por sobrecostes de transporte que presenta también se tienen que rechazar, ya que de acuerdo con el art. 197 de la LCSP, la ejecución de los contratos se realiza a riesgo y ventura del contratista.

El principio de riesgo y ventura de los contratistas en la ejecución de los contratos se tiene que entender en el sentido que se recoge en el Dictamen 28-02-2019, del *Consejo de Estado*, que consideró que:

La regla de la construcción de la obra a riesgo y ventura del contratista comporta que **el adjudicatario se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial** en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. **La Administración permanece ajena a la suerte o desventura del contratista.** Lo que sí hace la Administración se garantiza la indemnidad de las prestaciones económicas del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios (cuando resulte de aplicación), que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. **El límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura solo se puede cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo estropea completamente y se quiebra enteramente el equilibrio contractual.**

Las tormentas o las grandes nevadas durante el mes de enero que alega la recurrente eran un riesgo previsible que correspondía asumir a la contratista y no a la Administración, que se mantiene ajena a la suerte o desventura del contratista. Además, en cualquier caso, quien alega circunstancias de fuerza mayor lo tiene que acreditar tan pronto como sea posible, cuando surgen tales circunstancias, para poder evaluar, mediante informe de la persona responsable del contrato, si los motivos alegados no son imputables a la contratista. El art. 195 LCSP dispone que:

Si el retraso es producido por motivos no imputables al contratista y este ofrece cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación le tiene que conceder un plazo que tiene que ser, al menos, igual al tiempo perdido, a menos que el contratista pida otro de más corto. El responsable del contrato tiene que emitir un informe donde se determine si el retraso se produjo por motivos imputables al contratista.

En el informe que la responsable del contrato emitió el 3 de mayo de 2022 en relación con las alegaciones que había presentado la empresa en el procedimiento de penalidades, ya se hizo constar, al respecto que:

En ningún momento el adjudicatario manifestó, durante el plazo de entrega, dificultad en las entregas o retraso en el plazo, ni solicitó una ampliación formal del plazo de ejecución por las dificultades externas que comunica ahora.

Por todo esto, la alegación segunda de la recurrente se tiene que desestimar.

— Alegación cuarta. Considera nula o desproporcionada la cláusula relativa a la penalidad aplicable por carencia de justificación en el expediente administrativo.

La recurrente considera nula y/o desproporcionada la cláusula relativa al cálculo de la penalidad y solicita que, en caso de que se le imponga la penalidad, se le aplique la del art. 193 LCSP, puesto que la penalidad que se previó en el PCAP, se tendría que haber justificado en el expediente. En cambio, en el expediente administrativo no se hace ninguna referencia, a ningún documento de todo el expediente, a la motivación o en la base para fundamentar que para la correcta ejecución del contrato era necesaria la imposición de la penalidad que se previó.

Y finalmente, alega que el apartado 4 del artículo 193 LCSP dispone que cada vez que las penalidades por demora lleguen a un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido, el órgano de contratación está facultado para proceder a su resolución o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

— Contestación a la alegación cuarta.

En el informe del órgano de contratación emitido en relación con recurso, se hizo constar que las características de este contrato (prevención COVID-19) justifican claramente que el plazo de entrega fuera tan corto (15 días) y que las penalidades por incumplimiento en el plazo de entrega fuera tan alto (letra S PCP).

Comprobados con detalle los informes previos necesarios para tramitar el expediente de contratación, — que es donde tendría que constar la justificación de la fórmula—, la pandemia justificaba como características especiales del contrato, que se tramitara de urgencia y que se hiciera constar la imposición de penalidades a la contratista en caso de incumplimiento.

Ahora bien, en los documentos previos mencionados no consta una justificación expresa y concreta en relación con la fórmula elegida y a los argumentos que la motivaban y justificaban. Y en este caso —como en el caso del expediente relativo al contrato de suministro de purificadores y filtros—, las diferencias entre la fórmula elegida y la de la ley también son significativas, tan en los porcentajes o importes de aplicación, como en los

conceptos sobre los cuales calcular la penalidad. Según la fórmula, la penalización se calculaba aplicando un porcentaje por día de retraso sobre el importe total del contrato, en cambio, según la ley, se calcula un importe diario por cada 1.000 euros del precio del contrato.

Y en este caso, el precio del contrato se corresponde con el precio unitario de adjudicación de las mascarillas por las unidades encargadas.

Por todo esto, se estima la alegación de la recurrente relativa a la carencia de justificación de la penalidad y se tendrá que aplicar la penalidad legalmente prevista, a razón de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.

Como consecuencia de lo que se ha expuesto, el órgano de contratación tendrá que retrotraer el procedimiento en el momento de calcular la penalidad, de acuerdo con la fórmula del art. 193.3 LCSP y por los días de demora en la entrega de las mascarillas objeto del pedido que sean imputables a la contratista.

Finalmente, respecto a la alegación que hace referencia al apartado 4 del artículo 193 LCSP, una vez hecho el recalcule, si es el caso, el órgano de contratación tendrá que tener en cuenta el límite del 5 por 100 del precio del contrato (IVA excluido), para acordar, o la resolución del contrato o su continuidad con imposición de nuevas penalidades.

Por todo esto, dicto el siguiente,

Acuerdo

1. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Farmadosis, SL contra la Resolución del consejero de Educación y Formación Profesional por la cual se le imponen penalidades por incumplimiento del contrato de suministro de equipos de protección individuales para los trabajadores de los centros educativos de las Illes Balears (CONTR 2021/18205).
2. Ordenar al órgano de contratación que retrotraiga el procedimiento al momento de calcular la penalidad, de acuerdo con lo que prevé el art. 193.3 LCSP, por los días de demora imputables a la contratista.

3. Notificar este Acuerdo a la empresa Farmadosis, SL y en la Consejería de Educación y Formación Profesional.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— se puede interponer 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 contadores desde el día siguiente de haber recibido 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.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero