



Exp. Junta Consultiva: RES 10 y 11/2020

Resolución de los recursos especiales 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 13 de noviembre de 2020

Dados los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en adelante, Urbia) contra las Resoluciones del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, de 5 de mayo y de 13 de agosto de 2020, por las que se imponen penalidades a la empresa por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofrecidas en el contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Llevant (Manacor) para los periodos de junio de 2018 a mayo de 2019 y de junio 2019 a mayo 2020, respectivamente, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 9 de noviembre 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 y 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 de 1.449.277,50 euros.
2. El 5 de febrero de 2020, la directora gerente del Hospital de Manacor propuso, basándose en el informe previo del jefe del Servicio de Mantenimiento de la Gerencia del Hospital de Manacor de 28 de enero de

2020, iniciar un procedimiento de imposición de penalidades a la contratista por importe de 40.102,50 euros a la empresa Urbia por la no realización de horas anuales adicionales que había ofrecido el contratista en su oferta, que comprende el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019.

3. El 5 de mayo 2020, después de la tramitación de un procedimiento con audiencia a 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, S.A.", por importe CUARENTA MIL CIENTO DOS EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (40.102,50 €) por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofertadas.

2. Dicha penalidad se hará efectiva mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista.

[...]

La Resolución mencionada se notificó al contratista el 7 de mayo.

5. El 1 de junio de 2020, —de acuerdo con 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 el Covid-19— se reanudó el cómputo de los plazos administrativos que habían sido suspendidos 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 el Covid-19*.
6. El 5 de junio 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 de 5 de mayo. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 8 de junio.
7. El 16 de julio de 2020, la directora gerente del Hospital de Manacor propuso, basándose en el informe previo del jefe del Servicio de Mantenimiento de la Gerencia del Hospital de Manacor de la misma fecha,

iniciar un procedimiento de imposición de penalidades a la contratista por importe de 18.510 euros a la empresa Urbia por la no realización de horas anuales adicionales que había ofrecido el contratista en su oferta, que comprende el periodo de junio de 2019 a mayo de 2020.

8. El 13 de agosto 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

[...]

2. Imponer una penalidad a la entidad adjudicataria del contrato de servicios SSCC PA 66/15, "URBIA Intermediación, Ingeniería y Servicios, S.A.", por importe DIECIOCHO MIL QUINIENTOS DIEZ EUROS (18.510 €) por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofertadas.

3. Dicha penalidad se hará efectiva mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o bien contra la garantía definitiva en el caso de resultar insuficiente.

[...]

9. El 24 de septiembre 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 de 13 de agosto. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 28 de septiembre.
10. 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 de los expedientes y de los informes jurídicos correspondientes, que los ha enviado el 20 de octubre y el 26 de octubre de 2020.
11. El 23 de octubre de 2020, mediante Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se han acumulado ambos recursos y se han desestimado las respectivas solicitudes de suspensión de la ejecución de las Resoluciones impugnadas.

Fundamentos de derecho

1. Los actos objeto de recurso son dos Resoluciones de imposición de penalidades por incumplimiento de un contrato de servicios tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Contra estos actos 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 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. Dado que la tramitación del expediente de contratación a que hacen referencia los dos expedientes de imposición de las penalidades 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 los recursos especiales en materia de contratación y los ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro del plazo adecuado.
4. La recurrente fundamenta los recursos, en resumen, en las alegaciones siguientes:
 - Extemporaneidad y finalidad puramente sancionadora de la penalidad impuesta.
 - Inexistencia del incumplimiento, dado el acuerdo entre el Servicio de Salud de las Illes Balears y Urbia para sustituir determinadas horas extraordinarias por la realización de otros trabajos.
 - Inexistencia de requerimiento formal previo a Urbia por parte del Servicio de Salud de las Illes Balears para la realización de las horas presuntamente incumplidas.

— Error en el cómputo de las horas efectuado por el Servicio de Salud de las Illes Balears.

— Desproporción e imposición de penalidades contraria a la legislación de contratos por superar el 10 por ciento del precio del contrato.

Con estos argumentos, la recurrente solicita que se declaren nulas ambas Resoluciones de imposición de penalidades por incumplimiento del contrato. También solicita, subsidiariamente, que se recalculen el importe de la penalidad impuesta para el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019 y que este se calcule sobre las horas efectivamente no realizadas.

5. Por su parte, la jefa del servicio de coordinación jurídica del Servicio de Salud de las Illes Balears ha elaborado los respectivos informes de 14 y 21 de octubre de 2020 en relación con los recursos, mediante los que se opone a los recursos especiales interpuestos.
6. Antes de entrar a analizar las alegaciones del recurrente, hay que 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, 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 con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado*».

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, entre otros, en la Sentencia núm. 1689/2019, de 21 de mayo, 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, en la que manifiesta, entre otros, lo siguiente:

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.

7. A continuación, hay que entrar a analizar el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), que constituyen, de acuerdo con reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, la "Ley del contrato", de tal manera que aquello que se prevé, 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 del TRLCP disponía que:

1. El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere el órgano de contratación al contratista.
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 es el servicio de mantenimiento general de los edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario Llevant, que 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 condicionadas y operativas para poder atender las necesidades de atención médica a los pacientes y trabajadores del sector.

En cuanto a las penalidades que se imponen a la empresa, por la no realización de las horas extraordinarias, la letra S del cuadro de características del contrato del PCAP, relativa a las penalidades específicas para este contrato, dispone que:

En caso de que el incumplimiento afecte 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:

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

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

La recurrente alega la extemporaneidad y finalidad puramente sancionadora de la penalidad impuesta, puesto que en su opinión, la penalidad correspondiente al periodo de junio de 2018 a mayo de 2019 se ha impuesto más de un año después del incumplimiento y a un mes de la finalización del contrato, mientras que la penalidad correspondiente al periodo de junio de 2019 a mayo de 2020 se ha impuesto un vez finalizada la relación contractual, por lo que pierden su finalidad coercitiva.

También alega que el incumplimiento no ha existido, dado 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.

Además, alega 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 justifica la no realización de estas horas.

Por otro lado, la recurrente manifiesta que en el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019 la empresa realizó 2.673,5 horas y que el número de horas que ha servido de base a la Administración para imponerle la penalidad correspondiente a este periodo es erróneo, porque el mes de septiembre de 2018 se adscribió al contrato un delineante (el señor Víctor Vidal) que debía realizar 2.300 horas, de las cuales 530 se había llegado al acuerdo que debían computarse en la bolsa de las 5.000 horas anuales adicionales.

Finalmente, la recurrente alega que el importe de la penalidad total es desproporcionado, porque la suma de todas las penalidades supera el importe legalmente previsto.

Estos argumentos deben rechazarse totalmente por los siguientes motivos:

8.1 En cuanto al extemporaneidad y finalidad puramente sancionadora de la penalidad impuesta:

Como hemos dicho antes, la finalidad que la Administración persigue con la imposición de penalidades es esencialmente de carácter coercitivo para garantizar el cumplimiento contractual. Se trata de una prerrogativa para incentivar el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, es decir, para conseguir o restablecer la ejecución adecuada cuando el contratista incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato. Sin embargo, también se admite su finalidad compensatoria e, igual como en el ámbito civil, sustituyen a la indemnización por daños.

En el caso que nos ocupa, hay que considerar, además, que para imponer la penalidad era necesario que hubiese finalizado el periodo anual correspondiente para poder conocer el número de horas adicionales no realizadas por el contratista.

El expediente de imposición de la penalidad para el periodo anual de junio de 2018 a mayo de 2019 se inició en fase de ejecución del contrato. Concretamente, la propuesta se emitió el 5 de febrero de 2020, después de varios requerimientos efectuados por correo electrónico, que constan en el expediente, y a falta de casi 5 meses para la finalización del contrato, por lo que no puede descartarse su finalidad coercitiva.

El expediente de imposición de la penalidad para el periodo anual de junio de 2019 a mayo de 2020 se inició una vez finalizado el contrato; pero en todo caso, la finalidad compensatoria de las penalidades permite imponerlas una vez finalizada la ejecución del contrato y no restringe esta posibilidad a la fase de ejecución.

8.2 En cuanto a la inexistencia del incumplimiento y a la carencia de requerimiento formal para la realización de las horas:

Como hemos dicho, 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 podían referirse a personal con la categoría de oficial, ya fuesen 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 establecieron, 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 debía suponerle a la empresa el equivalente a poner a disposición del contrato un refuerzo del servicio de dos personas más, a jornada completa, en 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 debían llevar a cabo las horas era mediante tareas propias del personal con categoría de oficial (24 horas, correctivos, preventivos o conductivos estéticos).

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 del jefe 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, 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"; "[...] lo 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 a 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.

8.3 Y en cuanto a las horas realizadas y a su cómputo:

En el informe de 28 de enero, relativo al grado de cumplimiento del contrato para el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019, el jefe del Servicio de Mantenimiento del Hospital de Manacor manifestó que, según las informaciones aportadas mensualmente por la misma empresa y fiscalizadas también en el seguimiento mensual, del total de las 5000 horas/año ofrecidas, se habían ejecutado 2.326,5 y, por tanto, había 2.673'50 horas sin ejecutar.

De las tablas en formato excel que han servido de base para la elaboración del informe y que constan adjuntas, en las que se recogen las horas realizadas, se desprende que las horas del delineante (el señor Víctor Vidal) se tuvieron en cuenta en el cómputo desde el primer mes en que empezó a prestar sus servicios, concretamente, desde el mes de septiembre de 2018, aunque, como hemos dicho antes, la manera en que debían llevarse a cabo las 5.000 horas/año adicionales era mediante tareas propias del personal con categoría de oficial (24 horas, correctivos, preventivos o conductivos estéticos).

Y en el informe de 16 de julio, relativo al grado de cumplimiento del contrato para el periodo de junio de 2019 a mayo de 2020, el jefe del Servicio de Mantenimiento del Hospital de Manacor manifestó que, según las informaciones aportadas mensualmente por la misma empresa y fiscalizadas también en el seguimiento mensual, del total de las 5000 horas/año ofrecidas, se habían ejecutado 3.766 y, por tanto, había 1.234 horas sin ejecutar.

Del hecho de haber valorado estas horas como adicionales, se desprende, por un lado, que el órgano de contratación no ha realizado el cómputo de acuerdo con el pliego, que, como hemos dicho antes, en la letra S del cuadro de características del contrato del PCAP prevé que son penalizables las horas extra de oficial ofrecidas por el adjudicatario y no realizadas.

Por otro lado, el hecho de valorar estas horas también supone computar como adicionales unas horas que no se ajustan a la oferta de horas adicionales del adjudicatario, que en el anexo VII del PCAP detalló

claramente que estas horas se destinarían a tareas de oficial —concretamente: 450 horas de oficiales 24 horas (24h x 365 d), 2.000 horas de oficiales correctivo 8h, 1.240 horas de oficiales preventivo y 1.310 horas de oficiales conductivo estético —, lo que podría calificarse de modificación de la oferta.

Dicho esto, considerar irregular el importe de las penalidades impuestas por haber utilizado este criterio, perjudicaría en este caso a la empresa recurrente, puesto que en realidad no deberían computársele como adicionales ninguna hora realizada por personal no oficial. Y de acuerdo con el artículo 119.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP), la resolución que se dicte para resolver el recurso debe ser congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que, en ningún caso, pueda agravarse su situación inicial, el parecer de esta Junta Consultiva es que, en este caso concreto, las resoluciones de imposición de penalidades resultan más favorables al recurrente que las que deberían haberse dictado en aplicación de las previsiones de los pliegos.

En conclusión, dado que el órgano de contratación computó como horas adicionales realizadas, por un lado 2.326,5 horas en el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019, y por otro lado, 3.766 horas periodo de junio de 2019 a mayo de 2020, y dado que no puede perjudicarse en vía de recurso la situación del recurrente, deben considerarse ajustados a derecho los importes de las penalidades impuestas, es decir, los 40.102,50 euros correspondientes al primer periodo y 18.510 euros correspondientes al segundo periodo.

8.4 Finalmente, en cuanto a la alegación del recurrente que el importe de la penalidad total es desproporcionado, porque la suma de todas las penalidades supera el importe legalmente previsto:

En primer lugar, hay que recordar al recurrente que las penalidades que se le han impuesto, se encontraban previstas en el PCAP, y aquello que se prevé en el mismo, si el licitador no lo impugnó en su momento, tiene que 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 de ellas 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 eso, las penalidades impuestas — 40.102,50 euros, para el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019 y 18.510 euros, para el periodo de junio de 2019 a mayo de 2020—, 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 deben confirmarse las Resoluciones impugnadas en todos sus pronunciamientos.

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, contra las Resoluciones del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, de 5 de mayo y de 13 de agosto, por las que se imponen penalidades a la empresa por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofrecidas en el contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Llevant para los periodos de junio de 2018 a mayo de 2019 y de junio 2019 a mayo 2020, respectivamente.
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.