



G CONSELLERIA
O ECONOMIA, HISENDA
I I INNOVACIÓ
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 25/2023
Resolució de recurs especial en matèria de contractació
Exp. d'origen: contracte d'obres fases III, IV i V de les
obres de reforma del Quarter de Santiago per a
implementar el CEPA Joan Mir i Mir, TM Maó
Òrgan de contractació: Institut d'Infraestructures i Serveis
Educatius (IBISEC)
Recurrent: UTE Tecnología de la Construcción y Obras
Públicas, SA i Antonio y Diego, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 19 de gener de 2024

Atès el recurs especial en matèria de contractació que l'UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA i Antonio y Diego, SA, ha interposat contra la Resolució del gerent de l'Institut d'Infraestructures i Serveis Educatius d'imposició de penalitats per incompliment d'obligacions essencials del contracte d'obres de les fases III, IV, i V de la reforma del Quarter de Santiago, per a implementar el CEPA Joan Mir i Mir (Maó), la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 19 de gener de 2024, ha adoptat per majoria, amb un vot particular, el qual s'incorpora, el següent Acord:

Fets

1. L'11 de juliol de 2022, l'Institut d'Infraestructures i Serveis Educatius (d'ara endavant, IBISEC) i l'UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA i Antonio y Diego, SA (d'ara endavant, l'UTE contractista) varen formalitzar el contracte d'obres de referència, d'acord amb el projecte d'obres i el PCAP aprovat, per import de 2.882.917,03 € (IVA inclòs).

D'acord amb el PCAP, el termini d'execució de les obres era de 12 mesos, comptadors des de l'acta de comprovació del replanteig, que es va signar l'11 d'agost de 2022, de tal manera que estava previst que les obres estassin acabades l'11 d'agost de 2023.

2. L'11 d'agost de 2022 l'òrgan de contractació va aprovar el Pla de Treball que havia presentat l'empresa d'acord amb la lletra O del PCAP en les condicions de l'article 144 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual es va aprovar el



Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP).

3. El 15 de març de 2023, l'arquitecte de l'IBISEC responsable del contracte va informar l'òrgan de contractació que l'UTE incomplia algunes de les obligacions essencials del contracte, concretament:

– Incompliment dels terminis parcials d'execució de l'obra establerts en el Pla de Treball. En la data de l'informe, l'UTE duia un retard acumulat d'uns 615.122,30 € respecte de la planificació inicial, equivalent a un 21,34 % del pressupost d'adjudicació, cosa que suposava un retard del termini d'uns dos mesos i mig.

Segons l'informe, d'acord amb la lletra S del PCAP, es podria aplicar una penalització per incompliment dels terminis parcials del Pla de Treball que es quantificava en una retenció del 10 % de la diferència, és a dir, 61.512,23 €.

– Incompliment de l'adscripció de mitjans personals (cap d'obra i encarregat) que la contractista havia ofert. Segons l'informe, l'UTE havia substituït la cap d'obra i l'encarregat adscrits a l'execució per altres persones sense informar l'òrgan de contractació de la titulació ni del currículum (CV) per valorar l'experiència de les persones que efectivament prestaven el servei.

L'informe proposava instar l'UTE a restablir les persones adscrites o bé a designar-ne de noves, les quals havien de complir amb els requisits exigits en el PCAP als quals la pròpia UTE s'havia compromès en el contracte.

4. El 17 de març de 2023, d'acord amb l'informe tècnic, l'òrgan de contractació va iniciar un expedient d'imposició de penalitats a la contractista pels dos incompliments següents:

– *Incompliment de terminis parcials establerts al Pla de Treballs (PT) que suposen un retard actual del 21% respecte les previsions del PT aprovat aplicable vigent, per un import de 61.512,23 € a retenir a la següent certificació que s'emeti en els termes de les clàusules aplicables dels PCAP.*

Respecte aquest particular, i atès el retard a l'execució de l'obra, l'UTE *haurà de presentar un pla d'obres actualitzat a les circumstàncies reals de l'obra durant el termini d'audiència que es confereix*. Cas que no s'atengués aquest requeriment, aquest OC podrà activar allò que determina l'article 144.4 del RGLCAP

– *Incompliment d'adscripció de mitjans personals compromesos (cap d'obra i encarregat), instant a l'empresa que restablís les persones inicialment designades per l'UTE o bé que designés noves persones que compleixin els requisits establerts als PCAP, tal com la pròpia UTE va declarar a la seva oferta.*

El termini màxim per restablir aquesta situació és el termini d'audiència que és confereix. Cas que no s'atengués aquest requeriment, s'imposaria la corresponent penalització a la Resolució finalitzadora d'aquest expedient incidental [...]

La Resolució d'inici, juntament amb l'informe tècnic de l'arquitecte responsable del contracte, es va notificar a l'UTE concedint-li el corresponent termini d'audiència.

5. El 29 de març de 2023, la contractista va presentar al·legacions en les quals s'oposava a la imposició de penalitats.

6. El 3 de maig de 2023, la responsable del contracte va informar desfavorablement totes les al·legacions de la contractista.

7. El 8 de maig de 2023, l'òrgan de contractació, atès l'informe de la responsable del contracte, va resoldre en el següent sentit:

Resolució

1. Finalitzar el procediment incidental 2023-PEN-001 per a la imposició de penalitzacions per incompliment d'obligacions essencials del contractista, a el següent sentit:

— *Causa de penalització 1: Incompliment de terminis parcials establerts al Pla de Treball (PT): s'imposa la penalització prevista al punt S1b dels PCAP, i se n'ha d'aplicar una penalització (per retenció) de 88.311,67.-€ en les certificacions futures que s'emetin fins al restabliment normal del ritme de l'obra conforme el nou Pla de Treball a aportar per l'UTE i a aprovar per aquest OC (*)*

— *Causa de penalització 2: Incompliment d'adscripció de mitjans personals (cap d'obra i encarregat): no s'imposa conforme ho manifestat anteriorment*

2. Instar el contractista que aporti un Pla de Treball (*) actualitzat a les circumstàncies reals de l'obra, recordant-li que la no atenció a aquest requeriment faculta aquest OC a activar l'article 144.4 del RGLCAP.
[...]

La Resolució es va notificar a la contractista el mateix dia 8 de maig de 2023.

8. El 8 de juny de 2023, l'UTE va presentar en el sistema d'interconnexió de registres (SIR) del Ministeri d'Hisenda i Funció Pública, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució d'imposició de penalitats, el qual va tenir entrada en el registre electrònic únic de la Comunitat Autònoma, dirigit a l'IBISEC, el 12 de juny de 2023.

Els motius que, en resum, al·legava l'UTE en el recurs especial eren:

— Al·legació primera. Irregularitats formals en la tramitació del procediment d'imposició de penalitats. Concretament, la recurrent



al·lega que es varen ometre informes en la tramitació del procediment d'acord amb l'article 97 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP).

- Al·legació segona. Manca de responsabilitat de l'UTE pels retards en l'execució de l'obra. En canvi, la recurrent considera que la responsabilitat dels retards és imputable a l'Administració, per indefinicions del projecte tècnic o per ordres contradictòries de la Direcció facultativa de les obres.

Amb aquests arguments, la recurrent considerava que la Resolució impugnada s'havia de declarar nul·la de ple dret i no se li havien d'imposar penalitats.

10. El 3 d'agost de 2023, l'òrgan de contractació va trametre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (d'ara endavant, JCCA) el recurs especial interposat, juntament amb l'expedient administratiu, l'informe jurídic preceptiu i un informe tècnic de l'arquitecta responsable del contracte i de la cap del Departament Tècnic de l'IBISIEC de 28 de juliol de 2023.

Ambdós informes en relació amb el recurs s'oposen totalment als arguments de la recurrent.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs especial és la resolució d'imposició de penalitats a la contractista per l'incompliment d'un contracte d'obres de l'IBISEC, la qual té caràcter d'Administració pública.

Contra aquests actes es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (LRJCAIB). La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m*) de l'article 2 i l'article 7 del Text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener. El procediment de tramitació del recurs especial de l'article 66 de la LRJCAIB, equival al recurs de reposició dels articles 123 i 124 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP).

2. El règim jurídic aplicable és el de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic



espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014.

3. La recurrent es troba legitimada per interposar el recurs, que s'ha interposat mitjançant representant acreditat.
4. El termini per interposar el recurs especial de l'article 66 de l'LRJCAIB, d'acord amb l'article 122 de l'LPACAP, és d'un mes des de la notificació de l'acte impugnat. El recurs es va presentar dins el termini adequat.
5. Abans d'entrar a analitzar les al·legacions de la recurrent, cal fer una breu pinzellada al que preveu la normativa i la jurisprudència en relació amb la imposició de penalitats per demora, que és la penalitat que finalment es va imposar en la resolució que s'impugna.

L'article 193 de l'LCSP regula la demora en l'execució, en el sentit següent:

1. El contractista està obligat a complir el contracte dins del termini total fixat per a la seva realització, així com dels terminis parcials assenyalats per a la seva execució successiva.

2. La constitució en mora del contractista no requereix intimació prèvia per part de l'Administració.

3. Quan el contractista, per causes que li són imputables, hagi incorregut en demora respecte al compliment del termini total, l'Administració pot optar, ateses les circumstàncies del cas, per la resolució del contracte o per la imposició de les penalitats diàries en la proporció de 0,60 euros per cada 1.000 euros del preu del contracte, IVA exclòs.

L'òrgan de contractació pot acordar la inclusió en el plec de clàusules administratives particulars d'unes penalitats diferents a les que enumera el paràgraf anterior quan, tenint en compte les característiques especials del contracte, es consideri necessari per a la seva execució correcta i així es justifiqui en l'expedient.

4. Cada vegada que les penalitats per demora arribin a un múltiple del 5 per 100 del preu del contracte, IVA exclòs, l'òrgan de contractació està facultat per procedir a la seva resolució o acordar la continuïtat de la seva execució amb imposició de noves penalitats.

5. L'Administració té les mateixes facultats a què es refereixen els apartats anteriors respecte a l'incompliment per part del contractista dels terminis parcials, quan s'hagi previst en el plec de clàusules administratives particulars o quan la demora en el compliment d'aquells faci presumir raonablement la impossibilitat de complir el termini total.

D'acord amb l'article 194.2 de l'LCSP les penalitats s'imposaran per acord de l'òrgan de contractació, adoptat a proposta del responsable del contracte si s'ha designat, que serà immediatament executiu, i es faran efectives, mitjançant deducció de les quantitats que, en concepte de pagament total o parcial, hagin d'abonar-se al contractista o sobre la garantia que, si s'escau, s'hagués constituït, quan no puguin deduir-se els pagaments esmentats.



La naturalesa jurídica de les penalitats, com hem assenyalat en nombroses resolucions d'aquesta Junta Consultiva (entre d'altres les resolucions 10 i 11/2020, 23/2017 o 12/2021), pot ser coercitiva o indemnitzatòria, però en cap cas és una manifestació de la potestat sancionadora de l'Administració, ja que:

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

El Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (Resolució núm. 155/2022, de 25 de febrer de 2022), defineix les penalitats contractuals de la següent manera:

En definitiva, una penalidad es un gravamen que la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa de intervención, impone al contratista para salvaguarda del interés público. Dicho gravamen, que no es una sanción, tiene su esencia y razón de ser en que el contratista ejecute su contrato con absoluta diligencia. Y ello puede suceder tanto durante el contrato, como una vez ya finalizado este.

6. En relació amb les al·legacions de la recurrent, cal dir el següent:

– Al·legació primera. La recurrent al·lega irregularitats formals en la tramitació del procediment d'imposició de penalitats. Concretament, la recurrent al·lega que es varen ometre informes en la tramitació del procediment d'acord amb l'article 97 del Reglament general de la llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP). Segons la recurrent, s'haurien d'haver emès un d'intervenció i un informe jurídic de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

– Contestació a l'al·legació primera.

Aquesta al·legació es rebutja totalment, ja que en el cas que ens ocupa, els terminis d'execució a complir estaven perfectament definits en el PCAP, en el contracte formalitzat entre les parts i en el pla de treball. A més, els plecs també preveïen les penalitats aplicables en cas d'incompliment dels terminis. Concretament, al respecte resulta d'interès el següent:

A la lletra D del PCAP hi constava:

D. PLAZO DE EJECUCIÓN

1. 12 meses en TOTAL a contar desde el acta de replanteo, [...]
2. No se prevén prórrogas.

3. El contratista está obligado a cumplir a su cuenta y riesgo este plazo (obligación esencial. Ver cláusula 27 PCAP). De producirse demora en la ejecución, se estará a lo que dispone la cláusula 8.1 segundo párrafo de estos PCAP
4. Cualquier modificación del plazo de ejecución deberá comportar la correspondiente modificación del Plan de Trabajo, el cual deberá estar, en cualquier caso, actualizado y conforme a las circunstancias reales de la obra.

A la clàusula 8.1 del PCAP hi constava que:

El plazo de ejecución total de las obras y, en su caso, los plazos parciales, son los que se indican en la letra D del Cuadro de características del contrato, de conformidad con el programa de trabajo que contiene el proyecto de obra aprobado por el órgano de contratación.

Entre les obligacions del contractista recollides a la clàusula 27 del PCAP, s'assenyalava que:

La obligación principal de ejecutar la obra conforme el principio de riesgo y ventura comprende, como mínimo, las siguientes obligaciones accesorias:
[...]

— El contratista está obligado a cumplir el plazo de ejecución del contrato, así como cumplir con los hitos temporales del Plan de Trabajo entregado.
[...]

A la clàusula 3 del contracte també es va fer constar que:

3. El contractista està obligat a complir al seu risc i ventura aquest termini (obligació essencial del contracte conforme clàusula 27 PCAP). Cas de produir-se demora en l'execució del contracte s'estarà a allò que disposa la clàusula 8.1 dels PCAP. Qualsevol modificació del termini d'execució haurà de comportar la corresponent modificació del Pla de Treball, que haurà d'estar, en qualsevol cas, actualitzat i conforme a les circumstancies reals de l'obra.

Les penalitats aplicables en cas d'incompliment estaven previstes a la lletra S del PCAP. I concretament, per al cas d'incomplir els terminis parcials es va fer constar el següent:

PENALIDADES ESPECIFICAS PARA ESTE CONTRATO

[...]

b. Parciales del Plan de Trabajo

De acuerdo con el Plan de Trabajo que deberá entregarse y aprobarse podrá aplicarse una penalización por incumplimiento de los plazos parciales en él establecidos.

Se medirán como plazos parciales las cantidades que según el Plan de Trabajo vigente se hubieran tenido que certificar cada mes natural.

Esta penalización consistirá en una retención de un 10% de la diferencia entre el importe acumulado a origen que se hubiera tenido que certificar según el Plan de Trabajo vigente en el momento de practicar la penalización y el importe real certificado. Esta penalización se deducirá del importe de la certificación del mes en el que se calcule. Se calcularán a finales de cada mes natural, actualizándose según la evolución de la obra, incrementando el importe retenido o bien disminuyéndolo. La cantidad resultante al final de la obra se



aplicará a la liquidación de la penalización por incumplimiento del plazo total, si este fuera el caso.

I en la clàusula 30 del PCAP es reiterava que:

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

30.1. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato formalizado podrán comportar la aplicación de las penalizaciones indicadas en la letra S del cuadro de características del contrato.

La imposición de penalidad no excluye la indemnización a que pueda tener derecho la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso imputable al contratista.

La constitución en mora del contratista no requerirá intimación previa por parte de la Administración.

Dit això, d'acord amb la lletra O del PCAP, la contractista va presentar a l'òrgan de contractació el Pla de Treball, que l'òrgan de contractació va aprovar l'11 d'agost de 2022. El pla estava ajustat als 12 mesos d'execució total de l'obra, a la qual cosa l'UTE s'havia compromès només pel fet de presentar-se a la licitació del contracte d'obres, ja que l'article 139 de l'LCSP disposa que:

1. Les proposicions dels interessats s'han d'ajustar als plecs i la documentació que regeixen la licitació, i *la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les seves clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva [...]*

Cal recordar a la contractista, que els plecs són la llei del contracte (*lex contractus*) i tal com s'ha detallat, recollien clarament els terminis d'execució totals de l'obra i la obligatorietat de complir-los al ritme del pla de treball que ella mateixa va proposar.

En els informes tècnics de l'arquitecte que consten a l'expedient (entre d'altres, l'informe de 15 de març de 2023, l'informe de 3 de maig de 2023 i l'informe emès en relació amb el recurs especial el 28 de juliol de 2023), la responsable del contracte va detallar i justificar de manera exhaustiva que la contractista incomplia de manera reiterada el calendari i el ritme d'execució plantejat per ella mateixa en el pla de treball. En els informes tècnics consta adjunta tota la documentació justificativa dels incompliments, concretament hi consta un quadre comparatiu del desenvolupament de l'obra i la planificació de l'empresa, una quadre en què s'analitzen les certificacions emeses, els missatges i correus electrònics amb el grup d'obra i els missatges amb els tècnics de l'UTE i les actes d'obra.

Malgrat tots els requeriments que consten acreditats a l'expedient, l'UTE no va plantejar en cap moment la modificació del Pla de treball, per tal d'actualitzar-lo conforme a les circumstàncies de l'obra ni va posar els esforços necessaris amb el personal adequat per recuperar el temps perdut. En l'informe tècnic en relació amb el recurs especial, l'arquitecta conclou, en resum, que:

2. *El retard de l'obra es ve produint des del primer moment, a l'inici de les obres, el passat 11 d'agost de 2022 i s'ha anant acumulant al llarg dels mesos, de tal manera que, en cap moment, durant els 10 mesos i mig que fa que les obres varen començar, no s'han certificat més de 25.000 € mensuals.*

3. Si bé és cert que les previsions d'execució de l'empresa durant els primers mesos eren molt conservadores, cosa que es corresponia amb la dificultat real de trobar recursos humans i material d'obra durant els mesos d'estiu, *a partir del mes de desembre es posa de manifest el gran retard d'execució que va acumulant l'obra.*

Des de llavors la DF ha anat informant a l'empresa de la desviació que s'estava produint en la planificació *requerint-la de manera reiterada*, a les visites d'obra setmanals i a través de correus, missatges i informes *a posar els mitjans humans i materials necessaris per recuperar el temps perdut.*

[...]

En l'informe jurídic de 6 de juliol de 2023 de la responsable de l'àrea jurídica i de contractació de l'IBISEC en relació amb recurs, s'afegeix que:

Al fil de tot això, posar de manifest que a data d'avui, i després de nombroses ocasions, no s'ha remès una sola proposta de pla de treball REAL ni actualitzat a les circumstàncies d'obra [...]

Els articles 193 i 194 de l'LCSP estableixen que la demora en l'execució no requereix intimació prèvia al contractista per part de l'Administració i que les penalitats s'imposen a proposta del responsable del contracte, per acord de l'òrgan de contractació, que serà immediatament executiu.

En l'expedient tramitat hi consta la proposta de l'arquitecta responsable del contracte, els tràmits d'audiència concedits a l'UTE i l'Acord de l'òrgan de contractació. El procediment es va tramitar d'acord amb l'article 97 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP), previst com a procediment administratiu contradictori per resoldre amb caràcter general incidències sorgides durant l'execució dels contractes.

En opinió de la Junta Consultiva, aquest procediment administratiu garanteix el compliment dels requisits formals que exigeixen els articles 193 i 194 de l'LCSP per a la imposició de penalitats per demora, ja que es va emetre la proposta de la responsable del contracte, l'acord de l'òrgan de contractació i es va concedir en tot cas l'audiència a la contractista. A més, en l'informe jurídic en relació amb el recurs, s'assenyala que:

— No escau informe d'Intervenció, en no estar sotmès l'IBISEC a fiscalització prèvia.

— En tractar-se d'imposició de penalitzacions per demora en l'execució de l'obra, no es va considerar procedent l'emissió d'informe jurídic, ja que no se suscitava cap qüestió de dret que en requerís l'estudi i el tractament específic. Es tractava de demora determinada i objectivament quantificable i demostrable a base al ritme d'emissió de certificacions d'obra.



A més, d'això, la recurrent també s'equivoca quan afirma que s'havia d'emetre un informe jurídic de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (JCCA). Les funcions de la JCCA es troben regulades en el Decret 3/2016 i en el seu Reglament d'organització i funcionament, els quals en cap cas preveuen l'emissió d'informes jurídic per imposar penalitats durant l'execució de qualsevol contracte administratiu.

En el procediment de l'article 97 de l'RGLCAP només s'exigeix l'emissió d'informe jurídic i d'Intervenció, si s'escau, i en aquest cas, aquests informes no eren necessaris. La imposició de penalitats per demora no requereix d'intimació prèvia de l'Administració a la contractista, perquè respon a un incompliment obligacional que s'emmarca en els poders de direcció, inspecció i control de què disposa l'òrgan de contractació en garantia de l'interès públic. Les penalitats imposades estaven previstes en els plecs, la contractista les coneixia i els fets consten acreditats sobradament en els informes tècnics de l'arquitecta.

En conseqüència, la resolució dictada no conté cap irregularitat formal i compleix els requisits de l'LCSP, per la qual cosa es rebutja l'al·legació de la recurrent.

– Al·legació segona. La recurrent al·lega manca de responsabilitat per la seva part en els retards de l'obra i al·lega, en canvi, que la responsabilitat dels retards és imputable a l'Administració per incidències sorgides durant l'execució, per ordres contradictòries de la direcció facultativa o per indefinicions del projecte tècnic.

Més concretament, la recurrent al·lega que la principal causa del retard va ser l'aparició de canonades d'amiant, que segons la recurrent varen fer inviable l'execució de l'obra segons el pla d'obres inicial.

També argumenta indefinicions en el projecte en relació amb la partida relativa a les reparacions del revestiment interior de les façanes de l'edifici.

I afegeix que la Direcció facultativa va donar ordres contradictòries en relació amb algunes partides que estaven previstes en el projecte: segons la recurrent, la Direcció facultativa va decidir aprofitar les soleres existents en la planta baixa com a base per a la col·locació del nou paviment; o va decidir conservar uns grans arcs de descàrrega existents que connectaven la nau principal i les dues naus laterals a l'espai de les noves escales i l'ascensor, la qual cosa va suposar eliminar uns connectors metàl·lics que estaven prevists per reforçar els forjats del sostre de la planta baixa.

– Contestació a l'al·legació segona.

D'acord amb l'article 238 de l'LCSP:



1. Les obres s'han d'executar amb estricta subjecció a les estipulacions que conté el plec de clàusules administratives particulars i al projecte que serveix de base al contracte i d'acord amb les instruccions que en interpretació tècnica d'aquest doni al contractista la direcció facultativa de les obres.

2. Quan les instruccions siguin de caràcter verbal, han de ser ratificades per escrit en el termini més breu possible, perquè siguin vinculants per a les parts
[...]

Totes les causes de retard que al·lega la contractista (aparició de canonades d'amiant, reparació del revestiment interior, aprofitament de soleres existents o la conservació d'arcs) són de caire tècnic, de tal manera que, a aquest respecte, els informes tècnics de l'arquitecta responsable, com a direcció facultativa, resulten essencials per poder resoldre les qüestions controvertides. Els informes tècnics que consten a l'expedient detallen i justifiquen de manera exhaustiva l'incompliment i fan expressa menció de les causes que al·lega l'UTE.

Abans d'analitzar les causes concretes, cal tenir en compte el criteri de la doctrina i de la jurisprudència en relació amb els informes tècnics: per regla general, el Tribunal Suprem, els tribunals administratius de recursos contractuals i aquesta JCCA han considerat en múltiples ocasions que no es poden revisar amb criteris jurídics aspectes que han de ser avaluats amb criteris estrictament tècnics. Els informes tècnics gaudeixen de presumpció d'encert, la qual cosa fonamenta l'anomenada discrecionalitat tècnica de l'Administració. Per tant, per desvirtuar la presumpció d'encert dels informes tècnics, correspon a la recurrent demostrar amb proves suficients que els informes són manifestament erronis o infundats. Entre d'altres, cal esmentar la Resolució 632/2019, de 6 de juny, del TACRC, segons la qual:

[...] la doctrina sentada por este tribunal a propósito del *principio de discrecionalidad técnica que ampara estos informes, cuyo criterio únicamente podrá ser revisado en los casos en los que se aprecie discriminación, arbitrariedad o error material manifiesto.*

Conforme a esta doctrina, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material ostensible o manifiesto al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

En l'informe tècnic en relació amb el recurs de 28 de juliol de 2023, l'arquitecta i la cap del Departament Tècnic de l'IBISEC es varen reafirmar en el contingut de tots els informes tècnics anteriors emesos durant l'execució del contracte i l'expedient d'imposició de penalitats tramitat. En tots els informes, s'havien rebutjar ja les



al·legacions de la contractista en relació amb les causes del retard, les quals són les que ha tornat repetir ara en el recurs especial.

Al respecte, en l'informe de l'arquitecta i la cap del Departament Tècnic de l'IBISEC s'exposa, en línies generals el següent:

1. Com s'ha reiterat a tots els informes i documents que consten a l'expedient, l'obra duu un gran retard acumulat de tal manera que, *a finals de juny de 2023, l'UTE només havia executat 164.815,95 € (PEM) que suposa el 8 % de l'obra contractada* quan havien transcorregut més de 10 mesos dels 12 mesos previstos al termini d'execució del contracte. En aquell moment el *retard acumulat era de 1.685.2846,78 € respecte la planificació inicial que suposava unes quaranta setmanes.*

2. *El retard de l'obra es ve produint des del primer moment, a l'inici de les obres, el passat 11 d'agost de 2022 i s'ha anat acumulant al llarg dels mesos, de tal manera que, en cap moment, durant els 10 mesos i mig que fa que les obres varen començar, no s'han certificat més de 25.000 € mensuals.*

3. Si bé és cert que les previsions d'execució de l'empresa durant els primers mesos eren molt conservadores, cosa que es corresponia amb la dificultat real de trobar recursos humans i material d'obra durant els mesos d'estiu, *a partir del mes de desembre es posa de manifest el gran retard d'execució que va acumulant l'obra. Des de llavors la DF ha anat informant a l'empresa de la desviació que s'estava produint en la planificació requerint-la de manera reiterada, a les visites d'obra setmanals i a través de correus, missatges i informes a posar els mitjans humans i materials necessaris per recuperar el temps perdut. Durant els primers sis mesos de l'obra l'UTE va indicar a la DF que la causa del retard era la dificultat per trobar personal qualificat per executar l'obra. Una vegada que, el març de 2023, la DO va informar a l'OC del gran retard que patia l'obra i es va iniciar l'expedient sancionador, l'UTE va canviar el discurs per justificar el retard dient que les suposades indefinicions i modificacions contínues del projecte no li permetien l'execució de l'obra i l'existència d'unes canonades de fibrociment soterrades a la planta baixa de l'edifici. [...]*

Concretament, respecte a l'aparició de canonades d'amiant, que segons la recurrent varen fer inviable l'execució del pla d'obres inicial, l'arquitecta va informar del següent:

5. En cap moment la DF ha negat l'existència de les canonades de fibrociment a l'obra. Es tracta d'uns 50 ml de baixants i col·lectors aeris i uns 30 ml de col·lectors enterrats. *La presència i posició d'aquests elements es va detectar a la signatura de l'acta de replanteig i consta a un correu de la cap d'obra i a les cates al paviment de les que consten fotografies realitzades durant el mes de setembre de 2022.*

Cal ressenyar que l'UTE ja havia retirat tots els elements de fibrociment aeris durant el mes de febrer de 2023, amb un Pla de desamiantat tramitat la Conselleria de Treball durant el mes d'octubre de 2022.

A pesar de això i encara que l'UTE i la DO havien acordat i signat en acta un preu pel desamiantat de la totalitat de l'edifici que s'estava tramitant davant l'OC, el mes de març de 2023, arran de l'inici de l'expedient sancionador, l'UTE va negar-se a retirar els elements amb amiant que quedaven enterrats. No només es va negar a executar-lo al preu acordat sinó que també s'ha negat a executar-lo als nous preus que va proposar ella mateixa i fins i tot a

al·legat desconeixement de la seva existència. Aquest fet, tenint en compte que una de les empreses que constitueixen l'UTE (Antonio y Diego SA) és propietària de l'abocador de Menorca i és l'empresa que va gestionar directament la tramitació del pla de desamiantat i la retirada dels elements aeris amb fibrociment durant el mes de febrer, només es pot explicar des de la mala fe en un intent desesperat de justificar l'immens retard de l'obra, A més la retirada d'elements amb amiant, no només no té entitat comparada amb el volum de l'obra total (menys d'un 0,3% del PEM) sinó que físicament no afecta l'execució de la resta del projecte fora de les àrees identificades.

Respecte a les suposades indefinicions del projecte i canvis de criteris de la direcció facultativa, en l'informe consta que:

6. [...] *les suposades indefinicions del projecte i canvis de criteri de la DF, es documenten de manera extensa a l'expedient les ordres i instruccions donades per la DF. La realitat és que el projecte no té indefinicions que impedeixen l'execució normal de les obres i la DF ha indicat de manera àgil, quan ha estat necessari i fent ús de les atribucions que li confereix l'article 238.1 de la Llei 9/2017 per interpretar el projecte, l'abast dels treballs a executar. Les incidències en l'execució de les obres que s'han produït (proposta de la DF d'aprofitament de les soleres existents en planta baixa com a base per a la col·locació del nou paviment finalment no executada; eliminació dels connectors metàl·lics prevists a les noves capes de compressió dels reforços dels forjats de sostre planta baixa i aprofitament dels grans arcs de descàrrega existents de connexió entre la nau principal i les dues naus laterals a l'espai de les noves escales i ascensor) no només no han suposat retard en l'execució sinó que, tot el contrari, havien d'agilitzar els treballs a executar.*

Els únics preus nous de l'obra no prevists al projecte consten a la proposta de projecte modificat amb la incorporació de tres preus nous que es va tramitar el mes de març (desamiantat actualment parcialment executat i dos partides menors també ja executades). Les modificacions indicades no han suposat cap tipus de retard al tractar-se de modificacions de mínima envergadura perfectament compatibles amb el ritme normal d'execució d'una obra i per tant no impliquen ampliació del termini d'execució de l'obra. No hi ha hagut imprevists, més allà dels normals a qualsevol obra i que qualsevol empresa, amb la solvència tècnica que és requerida en aquesta obra, hauria sabut afrontar.

Finalment, en l'informe emès en relació amb el recurs, l'arquitecta va afegir que:

7. *S'ha de fer constar també que des de l'inici de l'obra l'UTE ha modificat varies vegades l'equip destinat a l'obra, amb tres caps d'obra i dos encarregats de l'obra diferents, fent-se càrrec de l'obra de facto durant setmanes una tècnica (Gabriela Lira) que no complia els requeriments de solvència tècnica exigits al contracte.*

8. *Com es desenvolupa amb detall a tots els informes i documentació que consten a l'expedient i que s'adjunten a aquest, la causa real del retard de l'obra és la manca de voluntat de l'UTE per executar l'obra contractada. Des de l'inici de l'obra, l'UTE no ha posat els mitjans humans, materials i tècnics necessaris per dur-la a terme acumulant retard mes a mes a pesar dels múltiples requeriments que se li han fet.*

En opinió de la JCCA, l'arquitecta responsable del contracte i la cap del Departament Tècnic de l'IBISEC disposen, sens dubte, dels coneixements tècnics necessaris per exercir les funcions de direcció facultativa de l'obra, coneixien a la perfecció l'obra i el projecte a executar. A més, s'ha comprovat que els informes tècnics de l'expedient en els quals es va fonamentar la resolució d'imposició de



penalitats que s'impugna, no contenen errors ostensibles ni s'han emès amb criteris d'arbitrarietat, de tal manera que es presumeixen adequats.

En conclusió, l'al·legació segona s'ha de rebutjar totalment.

Per tot això, dict el següent,

Acord

1. Desestimar íntegrament el recurs especial en matèria de contractació de la contractista UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA i Antonio y Diego, SA, contra la Resolució del gerent de l'Institut d'Infraestructures i Serveis Educatius d'imposició de penalitats per incompliment d'obligacions essencials del contracte d'obres de les fases III, IV, i V de la reforma del Quarter de Santiago, per a implementar el CEPA Joan Mir i Mir (Maó).
2. Confirmar la Resolució de 8 de maig de 2023, en virtut de la qual es va imposar a l'UTE una penalitat per demora de 88.311,67 €.
3. Notificar aquest Acord a l'UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA i Antonio y Diego, SA, i a la Conselleria d'Educació i Universitats.

Interposició de recursos

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

Palma, en la data de la signatura electrònica

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Maria Matilde Martínez Montero

Vot particular o vot contrari que presenta el vocal en representació de l'organització empresarial CAEB a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, Andrés Moll Linares, respecte a l'acord adoptat, per assentiment, en sessió del passat 19.01. 2024 en resolució del



recurs especial en matèria de contractació de l'article 66 de la Llei 3/2003, a l'expedient RES 25/2023.

Aquest vot particular es prepara i presenta dins del termini que fixa l'article 19.5 de la Llei 40/2015 i únicament sobre la proposta de resolució, mentre no dispo de l'expedient de contractació i la resta de documents i informes al·ludits a aquesta.

A la proposta de resolució presentada es recullen alguns extrems que criden l'atenció i que, per tant, no són atesos amb la rellevància que, al meu entendre, es mereixen. Així, al número 3 del capítol de fets es recull que el 15.03.2023 el responsable del contracte va informar l'òrgan de contractació d'un retard respecte al pla de treball aprovat l'11.08.2022 quantificable en 615.122,30 euros, pel qual podria ser imposada una penalitat del 10 per cent del dit import, és a dir, de 61.512,23 euros, que va motivar l'inici de l'expedient d'imposició de penes per l'òrgan de contractació, el 17 següent, per l'import dels 61.512,23 euros abans descrits; no obstant això, número 7 del mateix capítol fàctic es recull la resolució dictada en aquest expedient, el 08.05.2023, imposant una penalitat de 88.311,67 euros, sense que hi hagi cap explicació respecte a la diferència entre la penalitat proposada i la imposada.

D'altra banda, al número 5 del capítol dels fonaments de dret, es diu que, abans d'entrar al fons de l'assumpte, convé fer una somera exposició de les previsions legals i jurisprudencials sobre la imposició de penes, transcrivint-ne el contingut íntegre de l'article 193 de la Llei de Contractes del Sector Públic, la 9/2017, fent referència al 194.2 de la mateixa i destacant la naturalesa de les penes d'acord amb resolucions de la pròpia Junta i del Tribunal Suprem, no obstant en el número 6 del mateix capítol, en descriure les penes aplicables al cas que ens ocupa i transcriure l'apartat b) de la lera 5 del PCAP, que regeix el contracte, consistent en un 10 per cent de la diferència entre l'import que s'hagués hagut de certificar seguint el pla de treball, abans calendaritzat, i allò realment certificat, no s'esmenta cap crida al fet que aquesta penalitat resulta diferent de la prevista a l'article 193.3 de la LCSP, abans invocat com a suport legal de la penalitat imposada, i a l'existència o no de la seva justificació a l'expedient de contractació, tal com en resolucions anteriors, les núms. 8 i 9 de 2022, la mateixa Junta havia invocat per estimar sengles recursos especials en matèria de contractació, encara que no s'haguessin impugnat al seu moment els plecs.

Pel que fa al fons de l'assumpte, aquest vocal entén que la desestimació del recurs no es pot basar en la doctrina que no es poden revisar amb criteris jurídics *aspectes que han de ser avaluats amb criteris estrictament tècnics*, mentre que hi ha fets que necessàriament han de ser tinguts en compte a l'hora d'establir les penes i, sobretot, qui la demora en l'execució ha de ser imputable al contractista.



En aquest sentit, no es pot sostenir que l'aparició de *les canonades de fibrociment a l'obra* detectades a l'acta de comprovació del replanteig de l'obra l'11.08.2022 -ex segon paràgraf del núm. 1 del capítol de fets- i comprovades pels tasts realitzats *durant el mes de setembre de 2022*, que necessàriament van originar la tramitació d'un *Pla de desamiantat davant la Conselleria de Treball durant el mes d'octubre de 2022* i que van permetre que *durant el mes de febrer de 2023* s'haguessin retirat tots els elements de fibrociment aeris, sense especificar quan es van retirar els elements de fibrociment restants -uns 30 ml de col·lectors soterrats-, no tinguessin cap incidència en el compliment del pla de treball inicial, que datava de l'11.08. 2022, mentre van haver d'afectar necessàriament algun dels treballs de demolició, moviments de terra, fonaments, estructura, instal·lacions de sanejament, soleres, etc. fins que es va comptar amb l'aprovació del pla corresponent a què fa esment el Reial Decret 393/2006, no podent valorar-se només per *l'entitat comparada amb el volum de l'obra total (menys d'un 0,3% del PEM) i més encara quan s'estava tramitat davant l'OC un preu pel desanimat*, per això, tot i comptar únicament amb el contingut de la pròpia proposta de resolució, considero que l'aparició d'elements de fibrociment va haver d'afectar el compliment del pla de treball inicial, que serveix de base per a la concreció del càlcul de la penalitat.

D'altra banda, i pel que fa a les indefinicions del projecte i canvis de la direcció facultativa, a què ha d'al·ludir l'escrit de recurs presentat per la contractista, el cert és que, a la pàgina 13 de la proposta de resolució, es recullen una sèrie *d'incidències en l'execució de les obres que s'han produït (proposta de la DF d'aprofitament de les soleres existents a la planta baixa com a base per a la col·locació del nou paviment finalment no executada; eliminació dels connectors metàl·lics previstos a les noves capes de compressió dels reforços dels forjats de sostre planta baixa i aprofitament dels grans arcs de descàrrega existents de connexió entre la nau principal i les dues naus laterals a l'espai de les noves escales i ascensor)*, així com l'existència d'una *proposta de projecte modificat amb la incorporació de tres preus nous*, dels quals, si bé a l'informe tècnic es rebutja qualsevol afectació al pla de treball, cal tenir en compte que, si més no, la modificació de projecte va haver de seguir la tramitació establerta al article 242 LCSP i alguna afectació va haver de tenir sobre el pla de treball i això sense entrar en qüestions tècniques. El mateix succeeix pel que fa a les propostes realitzades per la direcció facultativa, que s'han descrit amb la transcripció de la proposta de resolució, mentre alguna afectació al pla de treball van poder haver comportat, per exemple la relativa a l'aprofitament de les soleres existents a la planta baixa sobre les quals executar una nova pavimentació, és a dir, diferent de la prevista en el projecte, després desestimada i tornada a allò projectat; igual que l'aprofitament dels arcs de descàrrega existents o l'eliminació dels connectors metàl·lics previstos, mentre poden o no suposar afectació al pla de treball en funció de l'estat en què es trobe l'obra per la incidència que pugui tenir en altres treballs planificats.



En definitiva, desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat contra una resolució que imposa una penalitat al contractista, tenint en compte el desviament existent respecte al pla de treball aprovat inicialment, l'11.08.2022, quan posteriorment aquest pla s'ha vist afectat per l'aparició d'elements de fibrociment (amiant), per les variacions proposades per la direcció facultativa de l'obra o per la proposta d'uns modificats, per simples que siguin, resulta, al meu entendre, no tenir en compte que en aquest retard en l'execució de l'obra han concorregut concauses alienes a l'actuació de la contractista que han alterat la programació de l'execució del contracte que aquesta tenia prevista per complir en el termini fixat la prestació a què venia obligat pel contracte adjudicat i, si bé em resulta impossible poder concretar el quant d'aquesta alteració, la veritat és que no cal tancar els ulls davant l'existència de les concauses al·ludides i desestimar el recurs apel·lant que són qüestions tècniques vedades a qualssevol criteris jurídics, per això entenc que s'hauria d'haver estimat el recurs en no poder definir-se la quantia de la penalitat, mentre el pla inicial de treball aprovat s'havia vist afectat per aquelles concauses concurrents, per la qual cosa el desviament en aquest pla de treball no resulta totalment imputable a la contractista, com exigeix el article 193.3 LCSP, no podent acceptar l'asseveració continguda a l'informe que la *causa real del retard de l'obra és la manca de voluntat de la UTE per executar l'obra contractada*, mentre aquesta conclusió manca del mínim suport tècnic i només resulta ser una valoració o apreciació personal de l'informant, que no mereix la seva contemplació a la resolució.

A Palma, a vint-i-tres de gener de dos mil vint-i-quatre.

(Amb la signatura electrònica de Andrés Moll Linares)