



Exp. Junta Consultiva: RES 8/2022

Resolució de recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de subministrament d'aparells mòbils de purificació d'aire i filtres HEPA H13 per als centres educatius de les Illes Balears (CONTR 2021/8340)

Òrgan de contractació: Conselleria d'Educació i Formació Professional

Recurrent: Farmadosis, SL

### **Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 28 d'octubre de 2022**

Atès el recurs especial en matèria de contractació que l'empresa Farmadosis ha interposat contra la Resolució del conseller d'Educació i Formació Professional per la qual se li imposen penalitats per incompliment del contracte de subministrament d'aparells de purificació d'aire i filtres HEPA H13 per als centres educatius de les Illes Balears (CONTR 2021/8340), la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 28 d'octubre de 2022, ha adoptat el següent Acord:

#### **Fets**

1. El 17 de novembre de 2021, la Conselleria d'Educació i Formació Professional i l'empresa Farmadosis varen formalitzar un contracte de subministrament de purificadors i recanvis de filtres per als centres educatius de les Illes Balears, d'acord amb els plecs de clàusules administratives (PCAP) i de prescripcions tècniques prèviament aprovats (PPT).

El preu del contracte es va fixar en preus unitaris segons les necessitats de l'Administració, amb un import màxim d'1.455.550,00 € (l'IVA exclòs); el preu unitari d'adjudicació dels aparells purificadors va quedar fixat en 185 € (l'IVA exclòs) i el de recanvis de filtres en 38 € (l'IVA exclòs).

El contracte s'havia tramitat per urgència, per motiu de la pandèmia. I el termini de duració del contracte i el d'execució total del subministrament s'havien establert en el plec en 30 dies naturals, una vegada formalitzat el

contracte, des que el Servei responsable del contracte autoritzés l'inici del subministrament.

2. L'11 de març de 2022, l'òrgan de contractació va iniciar un expedient d'imposició de penyalitats a la contractista per incompliment del termini total, d'acord amb la lletra S del PCA. L'import de la penyalitat es va fixar en 436.500,00 €, que d'acord l'informe proposat de la responsable del contracte de 10 de març de 2022, es va fonamentar en la motivació següent:

- El preu total del contracte és de 1.455.000,00 € (IVA exclòs), per tant l'import de les penyalitats és de 14.550,00 € per cada dia de demora.
- Atès que la comanda es va realitzar en data de 18 de novembre de 2021 i a data de 27 de desembre de 2021 es va recepcionar, els dies naturals de demora són els transcorreguts entre el 27 de desembre de 2021 fins al 02 de març 2022, per tant 65 dies.
- Realitzats els càlculs corresponents, resulta que l'import de la penyalitat seria de 945.750,00 €.
- De conformitat amb la clàusula 5, el límit aplicable com a penyalitat és d'un màxim del 30% de l'import del contracte, per això la penyalitat final aplicable és de 436.500,00 euros

La resolució d'inici es va notificar a l'empresa el 14 de març de 2022, concedint-li el corresponent termini per presentar al·legacions.

3. El 25 de març de 2022, l'òrgan de contractació va resoldre modificar l'import inicial de la penyalitat, fixant-lo en 259.572,00 €. Aquesta modificació es va fonamentar en l'informe de 24 de març de 2022 del Servei responsable del contracte, que va informar que existien errades en el càlcul de la penyalitat en el sentit següent:

1. Atès que hi ha hagut entregues en dates diferents, en els centres educatius especificats en la comanda. I, atès que, aquestes entregues es troben datades, en els corresponents albarans d'entrega, amb la signatura per part de cadascun dels centres receptors tal i com estableix la lletra P del PCAP. **Es considera que el càlcul s'ha de fer tenint en compte el nombre de dies de retard per codi de centre on s'havia de fer efectiva l'entrega.**
2. Tenint en compte que es tracta d'un contracte en el qual el sistema de determinació del preu és per preus unitaris i que, per tant, l'adjudicació del contracte és per preus unitaris. **L'import total del contracte ve determinat pels preus unitaris de l'oferta que constitueixen l'import d'adjudicació i pel nombre d'unitats sol·licitades en la comanda única, i no per l'import de licitació.**
3. Atès l'anterior, **es considera oportú, recalcular l'import de la penyalitat proposada d'acord amb la data d'entrega a cada centre, en funció dels dies de mora a cada un d'ells i d'acord amb els preus unitaris de l'oferta, pel nombre d'unitats lliurades a cada centre. Essent l'import total del contracte, de 865.240,00€ i no 1.455.000,00€, d'acord amb l'import d'adjudicació dels preus unitaris de l'oferta i les unitats encarregades (3.880 purificadors i 3.880 pack filtres).**

4. D'acord amb la lletra D del PCAP i la clàusula 5 del contracte, el termini d'execució total, de l'objecte del contracte, és de 30 dies naturals, des de l'ordre de subministrament per part de la persona responsable del contracte.
5. **S'adjunta un annex 1 amb el càlcul d'acord amb les consideracions anteriors**, tenint en compte que, segons consta a l'expedient, i com ja es va dir a l'altra informe, **la data de recepció de la comanda formulada el 18 de novembre de 2021**, per part del contractista va ser el 27 de novembre de 2021, així doncs: - Terminis de finalització del còmput: 27/12/2021.
6. Així mateix **s'ha de tenir en compte que es va fer una modificació de comanda en data 22 de desembre de 2021, que no va suposar una modificació d'unitats, sinó només de 4 centres de lliurament. Respecte d'aquestes unitats, per al còmput dels dies de retard, s'ha pres en consideració la data de recepció de la modificació de la comanda**, per calcular el còmput de 30 dies naturals per complir, exhaurit el qual s'inicia el còmput dels dies de retard.
7. Els dies naturals de demora són els transcorreguts entre el 27 de desembre de 2021 i la data d'entrega comprovada a l'albarà de cada centre. (Annex 1 ). O la que correspongui respecte d'aquells centres que es va modificar el lloc de lliurament en data posterior.
8. Realitzats els càlculs corresponents, resulta que l'import de la penalitat per mora seria de 274.297,16 € que, aplicant el límit màxim del 30% de l'import total del contracte, les penalitats proposades no podran ser superiors a 259.572,00 €.

La resolució de modificació de l'import de la penalitat es va notificar a l'empresa el 25 de març de 2022, concedint-li un termini per presentar al·legacions.

4. El 4 d'abril de 2022 l'empresa va sol·licitar a l'òrgan de contractació l'accés a l'expedient de contractació (CONTR 202118340), i va sol·licitar la suspensió i ampliació del termini d'al·legacions.
5. El 6 d'abril de 2022 es va comunicar a l'empresa l'accés a la documentació de l'expedient i va ampliar en dos dies més el termini per presentar al·legacions.
6. El 12 d'abril de 2022, l'empresa Farmadosis va presentar al·legacions, oposant-se a la penalitat, en resum, amb els arguments següents:
  - Deficiències de forma i fons en la tramitació de les penalitats.
  - Discrepància amb els dies que s'havien de considerar de demora, la qual cosa fonament en l'existència de circumstàncies alienes a la seva voluntat i no imputables a l'empresa que li varen impedir lliurar el subministrament dins el termini contractat; també al·lega dificultats en el lliurament de l'objecte del contracte per causes imputables a l'Administració.
  - Nul·litat o desproporció de la clàusula relativa a la penalitat aplicable.

7. El 21 d'abril de 2022, el Servei responsable del contracte va emetre un informe de contestació a les al·legacions, considerant que s'havien d'acceptar algunes de les al·legacions de l'empresa, concretament:

- Que el període de vacances de Nadal, des del 27 de desembre al 9 de gener (14 dies), eren de difícil execució i, per tant, el retard no seria imputable íntegrament al contractista. Per això, aplicant un principi de proporcionalitat, va dur a terme un nou càlcul en el qual es varen detreure els 14 dies per no considerar-los incompliment del termini d'execució.
- Que no es penalitzés la demora en el lliurament dels recanvis de filtres HEPA H13, ja que els aparells purificadors ja venien amb un filtre inclòs de fàbrica i per tant, es podien fer servir sense els recanvis contractats.

Cal esmentar que a l'informe sobre les al·legacions s'hi adjuntava un quadre, tipus *excel*, en el qual es calculava l'import de la penalitat. En el quadre s'hi detallaven les comandes, – realitzades en dues dates diferents (el 10/01/2022 i el 22/01/2022) i el dies en què es varen lliurar els purificadors a cada centre educatiu. De la diferència varen resultar els dies de demora i l'import de penalitat, que es va calcular per cada centre a raó de l'1% del preu dels purificadors per dia de demora. La suma de les penalitats per retard en el lliurement dels purificadors a cada centre educatiu va donar lloc a la penalitat total proposada per import de 137.249,65 €.

El quadre esmentat ocupa un total de 6 pàgines, però a manera d'exemple, els conceptes i els càlculs que s'hi detallen són els següents:

CODI CENTRE	Albarans PURIFICADORS I FILTRES	Data entrega PURIFICADORS	DATA DE COMANDA	DIES MORA PURIFICADORS	Preu Purificadors (IVA exclòs): 185 euros	Càlcul penalitat Purificadors ( 1% De l'import *dia mora)
7004023	11	14/01/22	10/01/22	4	2.035,00 €	81,40 €
7006861	10	14/01/22	10/01/22	4	1.850,00 €	74,00 €
7013358	20	14/01/22	10/01/22	4	3.700,00 €	148,00 €
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
7008016	15	27/01/22	22/01/22	5	2.775,00 €	138,75 €
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
3880					717.800,00 €	137.249,65 €

8. El 21 d'abril de 2022, l'òrgan de contractació, d'acord amb l'informe esmentat i, a proposta de la Direcció General promotora del contracte, va dictar la Resolució d'imposició de la penalitat que s'impugna, en el sentit següent:

Primer.- Imposar la penalitat a l'empresa FARMADOSIS, SL amb NIF 857433112 per un import de 137.249,65 € per incomplir el termini total d'entrega, de conformitat amb la lletra S del PCAP.

Segon.- La penalitat es deduirà de la factura núm. 869 de data 4 de març de 2022, que ha presentat l'empresa mitjançant FACE en data 21 de març de 2022 (Núm. registre REG4GE22e00008355853, núm. factura SAP 2105224) per un import de 1.046.940,40 euros en relació al CONTR 202118340.

Tercer.- **Notificar aquesta resolució per la qual s'imposa la penalitat a l'empresa FARMADOSIS, SL juntament amb l'informe sobre les al·legacions elaborat pel servei promotor del contracte, de data 21 d'abril de 2022** i tota la documentació adjunta.

Quart.-. Notificar aquesta resolució a l'entitat avalista juntament amb l'informe sobre les al·legacions elaborat pel servei promotor del contracte, i tota la documentació adjunta.

Aquesta resolució es va notificar a l'empresa el 21 d'abril de 2022.

9. El 23 de maig de 2022, el representant de Farmadosis va presentar en el registre electrònic general, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (JCCA) un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució d'imposició de penalitats.
10. D'acord amb 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, la JCCA va sol·licitar a l'òrgan de contractació la tramesa dels expedients i dels informes jurídics corresponents.

## Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs especial és la resolució d'imposició de penalitats a la contractista per incompliment del termini total de lliurament previst en un contracte de subministrament de la Conselleria d'Educació i Formació Professional, 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.

2. El règim jurídic aplicable al fons 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.

El procediment de tramitació del recurs especial de l'article 66 de la LRJCAIB equival al recurs de reposició dels arts. 123 i 124 de la Llei 39/2015, de procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP).

3. La recurrent es troba legitimada per interposar els recurs, que s'ha interposat mitjançant representant acreditat.
4. El termini per interposar el recurs especial de l'art. 66 de la LRJCAIB, d'acord amb l'art. 122 LPACAP, és d'un mes des de la notificació de l'acte impugnat.

Les regles aplicables al còmput dels terminis en el procediment administratiu es troben regulades a l'article 30 LPACAP, segons el qual: quan els terminis es fixen en mesos, aquests es computen a partir de l'endemà d'aquell en què tingui lloc la notificació [...]. El termini conclou el mateix dia en què es va produir la notificació [...] i en el cas que l'últim dia del termini sigui inhàbil, s'entén prorrogat al primer dia hàbil següent.

La resolució d'imposició de penalitats que s'impugna es va notificar a l'empresa el 21 d'abril de 2022, però el termini per interposar el recurs va acabar el 23 d'abril, — dilluns—, ja que ja el 21 i 22 d'abril varen caure en dissabte i diumenge, dies que s'han de considerar inhàbils als efectes del còmput de terminis. Per tant, atès que el recurs es va presentar el dia 23 d'abril, s'ha de considerar interposat dins el termini adequat.

5. En el recurs interposat, la recurrent sol·licita que no se li imposi cap penalitat, o subsidiàriament, en cas que se li imposi, que es tinguin en compte els motius d'oposició, que resumidament, són els següents:

— Al·legació primera. La recurrent al·lega deficiències de fons i forma en la tramitació del procediment de penalitats. Concretament, considera improcedent que se li imposi la penalitats quan ja s'havia complert el

contracte; i afegeix que no es varen contestar les al·legacions que va presentar en el procediment.

– Contestació a l'al·legació primera. Una vegada analitzat amb detall l'expedient de penyalitats tramitat, l'informe sobre les al·legacions de 21 d'abril de 2022, les al·legacions de la recurrent, així com l'informe que l'òrgan de contractació ha emès el 2 de juny de 2022 en relació amb el recurs, cal dir el següent:

L'art.193 LCSP regula la demora en l'execució dels contractes 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 **constituïció 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 penyalitats [...]**

En els contractes de subministrament, el compliment dels terminis té especial importància, perquè l'art. 300 LCSP disposa que el contractista està obligat a lliurar els béns objecte de subministrament en el temps i lloc fixats en el contracte i de conformitat amb les prescripcions tècniques i clàusules administratives.

En relació amb el termini d'execució i les penyalitats aplicables en cas d'incompliment, en el PCAP es va preveure que:

D. DURACIÓN DEL CONTRATO. PLAZO DE EJECUCIÓN. PRÓRROGA

**Duración del contrato:** Desde la orden de suministro, una vez se haya firmado el contrato, 30 días naturales.

**Plazo de ejecución total:** una vez firmado el contrato, 30 días naturales desde la orden de suministro por parte de la persona responsable del contrato.

[...]

S. PENALIDADES ESPECÍFICAS PARA ESTE CONTRATO

[...]

**En 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 conseqüència, l'òrgan de contractació va fixar en el plec un termini total d'execució, dins el qual havien d'estar lliurats tots els purificadors d'aire i dels filtres objecte del contracte. En cas contrari, la contractista quedaria constituïda en mora i l'òrgan de contractació, sense necessitat d'intimar-la prèviament, quedava facultada per imposar-li les penalitats que va preveure en el PCAP.

L'al·legació relativa a la improcedència de la penalitat, quan ja s'havia complet el contracte, s'ha de rebutjar, ja que en els plecs s'hi havien previst expressament penalitats per incompliment del termini total de lliurament dels béns, no s'hi havien previst lliuraments parcials i s'havia fixat un termini d'execució de 30 dies naturals, la qual cosa l'empresa va acceptar i consentir, sense cap excepció o reserva, pel fet de presentar proposició (art. 139 LCSP).

La doctrina i la jurisprudència admeten la imposició de penalitats quan ja s'ha executat el contracte, atenent a la tipologia del contracte i a les previsions del plec. La legislació de contractació pública regula expressament una modalitat de clàusula penal en el supòsit d'incompliment dels terminis d'execució del contracte. Segurament, la raó ve fonamentada en la consideració que el termini d'execució és una obligació essencial en el contracte administratiu i en especial, en el cas dels contractes de subministrament, com és el cas que ens ocupa.

Així, el que preveu l'art. 193 LCSP participa de les finalitats que persegueixen les clàusules penals: una funció coercitiva, d'incentivació del contractista perquè realitzi en el calendari acordat l'objecte contractual; així com una funció penalitzadora, compensatòria o indemnitzatòria, que s'equipara 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»*—.

En relació amb l'al·legació relativa als defectes formals de tramitació, per manca de contestació a les al·legacions que havia presentat en el procediment cal esmentar que l'òrgan de contractació ha reconegut l'existència d'un error en la pràctica de la notificació de la resolució impugnada. En l'informe jurídic de l'òrgan de contractació de 2 de juny de 2022, emès en relació amb el recurs interposat, es va fer constar que:

S'ha constatat una errada material a l'hora d'enviar el NOTIB de data 21 d'abril de 2022 mitjançant el qual es notificava la Resolució de l'òrgan de contractació de la Conselleria



d'Educació i Formació Professional [...], per la qual s'imposen les penalitats a l'empresa [...] atès que **s'ha comprovat, com diu el recurrent, que no es va adjuntar l'informe tècnic de contestació a les al·legacions [...]**

S'adjunta a aquest informe l'esmentat Informe sobre les al·legacions de l'empresa FARMADOSIS, SL, signat electrònicament en data 21 d'abril de 2022, i amb l'adjunció d'aquest informe sobre les al·legacions es donen per contrastats cada un dels antecedents de fets que exposa el recurrent en el seu recurs [...]

Aquest error comporta defectes formals en la notificació de l'acte impugnat, la qual cosa va impedir a l'empresa conèixer el contingut de l'informe sobre les al·legacions, el qual havia de servir com a motivació de la Resolució impugnada. Els actes administratius han de ser motivats (art. 25 LPACAP) i la motivació *in allunde* dels actes administratius, mitjançant l'acceptació d'informes o dictàmens que serveixin de motivació els actes, requereix que els informes s'incorporin efectivament, adjunts, a la resolució que es notifiqui a la interessada. Segons el TACRC (entre d'altres, Resolució 70/2015):

La insuficiencia de motivación de una resolución puede quedar subsanada por cualquier **informe que conste en el expediente y al que tenga acceso el recurrente ya que lo principal de la exigencia de la motivación es que los licitadores puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva e impugnar con conocimiento de causa una resolución en materia contractual que les perjudica, sin que en ningún caso por desconocimiento de los motivos que justifican aquella, pueda provocársele indefensión"»**

Ara bé, en el cas que ens ocupa, l'empresa ha pogut exercir el seu dret de defensa amb la interposició del recurs especial que ens ocupa, en la resolució del qual es té en consideració l'expedient administratiu complet, inclòs l'informe esmentat, per la qual cosa cal afirmar que no se li ha causat indefensió.

Per tot això, l'al·legació primera s'ha de desestimar.

— Al·legació segona. La recurrent discrepa especialment dels dies d'execució del contracte i dels dies que s'han de considerar de demora, la qual cosa fonamenta en diferents causes, alienes a la seva voluntat, que li varen impedir el compliment del contracte dins termini. També discrepa dels conceptes que s'han de penalitzar. Concretament:

La recurrent exposa dificultats de transport degut a la congestió extraordinària, imprevisible i fortuïta en els ports i a la crisi mundial de transports, per la qual cosa al·lega que va sol·licitar una pròrroga del termini d'execució, d'acord amb la clàusula 8.2 del PCAP i l'art. 195.2 LCSP.

També al·lega que el termini d'execució no va començar el dia en què es va formalitzar el contracte, el 17 de novembre de 2021, sinó el 15 de desembre, data en què Tribunal Central de Recursos Contractuals (TACRC) va resoldre un recurs especial en matèria de contractació interposat contra l'adjudicació. I considera que va presentar plans de lliurement per mantenir informada en tot moment a la responsable del contracte del procés de lliurament dels purificadors.

La recurrent considera que els 14 dies en què els centres varen estar tancats per les vacances de Nadal (des del 27 desembre de 2021 al 9 de gener de 2022) no s'haurien de comptar, ja que la causa de no poder lliurar el material a subministrar no era imputable a l'empresa, sinó a l'Administració.

També al·lega que atenent a la literalitat de la lletra D del PCAP, s'hauria de considerar que el termini d'execució del contracte va començar realment el 22 de desembre de 2021, data en què es va realitzar la nova i definitiva ordre de subministrament.

I finalment, en relació amb els conceptes penalitzables, la recurrent considera que el retard en lliurament dels paquets de filtres HEPA H13 no s'hauria de penalitzar, perquè els aparells purificadors ja venien amb un filtre inclòs, de fàbrica, i es podien fer servir sense els filtres extres.

— Contestació a l'al·legació segona.

Les penalitats han de ser proporcionals al període d'incompliment i han de comprendre el període existent entre la producció de l'incompliment i la data en què es corregeixi l'execució defectuosa del contracte.

Una vegada analitzats els expedients de contractació i de penalitats tramitats per la Conselleria, i tenint en compte l'informe sobre les al·legacions de 21 d'abril de 2022, així com l'informe que l'òrgan de contractació ha emès el 2 de juny de 2022 en relació amb el recurs, cal dir el següent:

Els plecs constitueixen la llei del contracte (*lex contractus*), de tal manera que allò que s'hi va preveure, si no es va impugnar en el seu moment, és consentit i ferm i vincula a totes les parts. Els contractistes, pel fet de presentar la seves proposicions, accepten incondicionadament el contingut de la totalitat de les clàusules o condicions dels plecs, sense cap excepció o

reserva (art. 139 LCSP). I per l'òrgan de contractació, el principi de *lex contractus* comporta que totes les incidències del contracte, la seva execució i els drets del contractista i les facultats de l'Administració s'han d'ajustar estrictament a les previsions contingudes en els plecs.

Respecte a les presumptes dificultats de transport en els ports i a la sol·licitud de pròrroga, en l'informe sobre les alegacions es va informar que:

«Ni abans ni ara hi ha cap justificació ni document acreditatiu per part del contractista que justificàs les causes del retard ni l'existència de les condicions que obligaven a una ampliació del termini d'execució.»

Amb l'escrit del recurs, l'empresa ha adjuntat correus electrònics amb el Servei responsable del contracte en els quals consten les comunicacions mantingudes durant l'execució per planificar els lliuraments. Aquests correus no justifiquen el retard, com tampoc els documents relatius a una empresa d'importació (Operinter Valencia) en els quals es fa constar que dues navilieres duïen retard en el transport de contenidors que havien de fer els trajectes des de Singapur a València o des de La Xina a València. En aquests documents, sense data ni signatura, només hi consten números de contenidors (MSDU8449390/40hq, BSIU9662221/40hq, TRHU4260448/40hq etc), que no acrediten que el contingut de la càrrega fos el material objecte del contracte.

A més, d'acord amb l'informe de l'òrgan de contractació, qui al·lega la força major ha d'acreditar que l'incompliment és a conseqüència d'un succés que no s'ha pogut preveure o que, previst, fos inevitable. El compliment d'un contracte suposa que el contractista hagi d'adoptar mesures per solucionar aquests imprevistos (com per exemple, tenir preparada una alternativa al subministrament marítim o assumint costs addicionals, però que permetin complir l'obligació d'entrega dins termini o amb un retard mínim). Per tant, la diligència i agilitat en les gestions dels subministrament no es necessitaven en data 31 de gener de 2022 i molt manco en seu de penalitats, aportant una documentació que suposadament justifica el retard.

En els contractes de subministrament, el contractista està obligat a lliurar els béns contractats en el temps i lloc fixats en el contracte i de conformitat amb els plecs. I en aquest cas, l'objecte del contracte era el subministrament del purificadors d'aire i de recanvis de filtres, en 30 dies naturals des de la comanda, en els centres educatius detallats en el PPT a

les quatre Illes Balears (Mallorca, Menorca, Eivissa i Formentera). A més, en el plec s'havia previst expressament que no es permetia la possibilitat de prorrogar el contracte (lletra D del PCAP).

L'empresa, amb la presentació de l'oferta, va acceptar les condicions del plec sense cap excepció o reserva i estava obligada a donar compliment al contracte amb tals condicions. En canvi, si hagués previst dificultats per complir els terminis, hauria d'haver impugnat el plec en el moment processal oportú, la qual cosa no consta en l'expedient.

Respecte a la sol·licitud de pròrroga que al·lega la contractista, en l'informe sobre les al·legacions es va indicar que:

«de la lectura de tota la documentació aportada per l'empresa, no troba aquesta Administració cap sol·licitud formal que es pugui entendre's com a sol·licitud de pròrroga i menys encara que es pugui entendre que expressa o tàcitament l'Administració hagués acceptat una pròrroga del termini d'execució».

La sol·licitud de pròrroga dels contractes es troba expressament regulat en l'art. 100 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP):

Article 100. Petició de pròrroga del termini d'execució.

1. La petició de pròrroga per part del contractista ha de tenir lloc en el termini màxim de quinze dies des d'aquell en què es produeixi la causa originària del retard, al·legant les raons per les quals considera que no li és imputable i assenyalant el temps probable de la seva durada, als efectes que l'Administració pugui resoldre oportunament, i sempre abans que finalitzi el termini d'execució del contracte, sobre la pròrroga, sens perjudici que una vegada desapareguda la causa es reajusti el termini prorrogat al temps realment perdut. Si la petició del contractista es formula l'últim mes d'execució del contracte, l'Administració ha d'emetre resolució sobre la petició abans dels quinze dies següents a l'acabament d'aquest. Durant aquest termini de quinze dies, no pot continuar l'execució del contracte, el qual es considera extingit el dia en què expiri el termini previst si l'Administració denega la pròrroga sol·licitada, o no n'emet resolució.

**2. En cas que el contractista no sol·liciti la pròrroga en el termini abans assenyalat, s'entén que renuncia al seu dret, i l'Administració queda facultada per concedir, dins del mes últim del termini d'execució, la pròrroga que consideri convenient, amb imposició, si és procedent, de les penalitats que estableix l'article 95.3 de la Llei o, si s'escau, les que constin en el plec de clàusules administratives particulars, llevat que consideri més aconsellable esperar que finalitzi el termini per procedir a la resolució del contracte.**

En relació amb els dies de demora, cal esmentar que tant en l'expedient tramitat com en l'informe sobre les al·legacions, com també en l'escrit

d'al·legacions de la recurrent, existeix un ball de dates que genera molta confusió. Aquest ball de dates es deu, en part, a la rigidesa temporal del plec, en el que es varen preveure només 30 dies naturals per lliurar tot l'objecte del contracte des de l'encàrrec; i en part, a la manca de claredat de les clàusules relatives al termini d'execució. Per exemple, en el PCAP i PPT es varen fer servir diversos conceptes per referir-se a l'inici de la prestació: *30 dies naturals des de l'ordre de la persona responsable del contracte; 30 dies naturals des de la petició; 30 dies naturals des de l'encàrrec; 30 dies naturals des de la confirmació de la comanda.*

En la imposició de penalitats per demora resulta essencial determinar amb precisió la data d'inici (*dies a quo*) i la data final (*dies ad quem*) del còmput del termini d'execució del contracte. Això requereix claredat i precisió en la redacció de les clàusules per evitar problemes posteriors durant l'execució del contracte. En canvi, en aquest cas, al llarg del procediment i en la resolució impugnada s'ha calculat l'import de la penalitat sense tenir en compte la literalitat de les lletres D i S del PCAP.

Malgrat la manca de precisió en el llenguatge, a la vista de la lletra D del PCAP, pareix clar que la voluntat de l'òrgan de contractació era que el termini d'execució del subministrament fossin 30 dies naturals des de la data de la comanda, que seria única. En aquest temps havia d'estar subministrat la totalitat dels béns, la qual cosa concorda també amb l'estreta durada del contracte, fixada en el PCAP en 30 dies naturals.

Per tant, per determinar el *dies a quo* del subministrament s'ha de partir de la data de la comanda i de res més. D'aquesta manera, les al·legacions que fan referència a les dates de perfecció del contracte o a les dates reflectides en els plans de lliurament s'han de descartar de ple. De fet, en els plecs no hi havia cap clàusula que exigís a la contractista la presentació dels suposats plans de lliurement. Per això, l'extens debat al respecte que consta en les al·legacions i en l'informe de contestació a les al·legacions és estèril i només embulla. En cas que s'haguessin de presentar s'hauria d'haver previst els plecs.

Centrant la qüestió en la comanda, s'adverteix en l'expedient que es varen fer dues comandes: una el dia 18 de novembre de 2021; i l'altra el 22 de desembre de 2021. A la primera, es varen sol·licitar la totalitat dels purificadors i filtres, i a la segona comanda es va canviar el lloc de lliurament d'alguns aparells.

En diversos documents de l'expedient, l'Administració va admetre que la segona comanda suposava una modificació de la comanda inicial; ara bé, en altres, va argumentar que aquest canvi no es podia considerar una comanda nova perquè no va modificar el número d'unitats, sinó només el lloc de lliurament d'aparells, els quals inicialment s'havien de subministrar a centres d'Alcúdia i de Sóller i, amb el canvi, s'haurien de subministrar a distints centres de la zona de Palma.

En canvi, la recurrent al·lega que, atenent a la literalitat de la lletra D del PCAP, s'hauria de considerar que el termini d'execució va començar el 22 de desembre de 2021, data en què es va realitzar la comanda definitiva, ja que els canvis de l'Administració no es poden considerar retards imputables a l'empresa.

Una vegada comprovat amb detall el full de càlcul de la penalitat imposada, el qual consta com annex en l'informe sobre les al·legacions de 21 d'abril de 2022, consta que les unitats realment afectades pel canvi en la comanda varen ser un total de 51. Ara bé, sigui quin sigui el número d'unitats, el que és clar és que en el PCAP s'havia previst una comanda única, definitiva, clara i sense canvis, i més tenint en compte l'ajustadíssim termini d'execució que s'havien fixat.

Per tot això, l'errada de l'Administració a l'hora de fer la comanda no es pot imputar a la contractista per la qual cosa s'ha d'admetre que la comanda és va fer el 22 de desembre de 2021. Per tant, l'empresa disposava des del 22/12/2021 fins al 20/01/2022 per executar la totalitat de l'objecte del contracte.

Així les dates, cal tenir en compte que la comanda va quedar feta a les portes de les vacances de Nadal, quan les escoles estan tancades. En l'informe sobre les al·legacions es varen reconèixer les dificultats que el període de vacances comportaven pel compliment del contracte i es va proposar no computar els 14 dies de Nadal (des del 27 de desembre de 2021 al 9 de gener de 2022) com a dies de retard imputables a la contractista, sinó de l'Administració. D'aquesta manera, l'import de la penalitat reflectida en la resolució impugnada es varen excloure del càlculs 14 dies.

En opinió de la JCCA, una planificació adequada i realista dels terminis per part de l'òrgan de contractació, que tingués en compte el calendari escolar, tant pel que es refereix a dies lectius com a dies festius, hauria estalviat algunes de les dificultats sorgides en aquest expedient. Comprovat ara amb

detall el calendari escolar pel curs 2021-2022 (publicat al BOIB de 17 d'abril de 2021), les vacances de Nadal varen ser des del 23 de desembre fins al 7 de gener, per tant, varen durar 16 dies; de tal manera, que el període de compliment del contracte hauria quedat interromput durant els dies esmentats de vacances i s'hauria reprès el dia 8/01/2022, finalitzant el termini d'execució del contracte el dia 05/02/2022.

Per tant, el 06/02/2022 hauria començat la demora de la contractista, s'hauria perllongat fins el dia 02/03/2022, data en què consten lliurats tots els purificadors i tots els filtres objecte del contracte. En conclusió, els dies de demora imputables a la contractista serien un total 25.

En aquest sentit, l'al·legació de no penalitzar la demora dels filtres HEPA H13, amb l'argument que els purificadors ja venien amb un filtre, de fàbrica, s'ha de rebutjar.

D'acord amb la literalitat dels plecs, l'objecte del contracte eren els purificadors d'aire i els recanvis de filtres i la penalitat aplicable es va preveure per l' incompliment total del contracte, sense distingir que l'objecte penalitzable fossin només els purificadors d'aire, però no els filtres. Així, el retard en el lliurament dels filtres no es pot excloure de la penalització.

A més, com ja s'ha esmentat, les penalitats han de ser proporcionals al període d'incompliment i han de comprendre el període existent entre la producció de l'incompliment i la data en què es corregeixi l'execució defectuosa del contracte. I només es pot considerar corregida l'execució defectuosa del contracte quan està lliurat la totalitat de l'objecte, sense excepcions. Per tot l'exposat, per el càlcul de les penalitats s'haurà d'agafar com a "*dies ad quem*", el dia en què s'hagi lliurat la totalitat de la comanda única realitzada, inclosos també els recanvis de filtres, sense que s'hagin de calcular els retards en funció dels dies de mora a cada centre.

En l'informe sobre les al·legacions que consta en l'expedient, es va reconèixer que allò prudent per part de l'òrgan de contractació hauria estat modular o graduar en els plecs dos tipus d'incompliment o de demora (els relatius als aparells i els relatius als packs de filtres).

En conclusió, d'una banda, s'estima parcialment l'al·legació amb relació amb les dates que s'han d'aplicar en el càlcul de la penalitats; i de l'altre, es desestima l'argument relatiu a la no penalització del retard pels filtres.

– Al·legació tercera.

La recurrent considera nul·la i desproporcionada la clàusula relativa al càlcul de la penalitat i sol·licita que, en cas que se li imposi penalitat, se li apliqui la penalitat de l'art. 193 LCSP, que preveu penalitats diàries en la proporció de 0,60 euros per cada 1.000 euros del preu del contracte (IVA exclòs).

Segons la recurrent, la penalitat que preveu aquest article de la llei no és tan gravosa com la penalitat que es va preveure en el PCAP, a raó de l'1% del import total del contracte per cada dia de retard, amb el límit màxim del 30% de l'import total del contracte.

La recurrent argumenta que per aplicar penalitats distintes a la proporció que preveu la llei, l'òrgan de contractació ho hauria d'haver justificat a l'expedient. En canvi, en l'expedient administratiu (CONTR 2021/8340) no consta cap referència a la motivació per fonamentar que, per a la correcta execució del contracte, fos necessària la imposició de la penalitat que es va preveure. A més, afegeix que les penalitats han de ser proporcionals a l'incompliment, i que en aquest cas l'objecte del contracte es va complir i l'única cosa que no va poder complir va ser el termini de lliurament.

– Contestació a l'al·legació tercera.

Efectivament, com al·lega la recurrent, l'article 193.3 LCPS disposa que:

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.**

A la lletra S del PCAP de l'expedient que ens ocupa, no es va preveure la penalitat legal, sinó l'específica següent:

S. PENALIDADES ESPECÍFICAS PARA ESTE CONTRATO

En 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 contractació pública, la motivació de múltiples aspectes és fonamental i la LCSP 2017 ha multiplicat la seva exigència. La inclusió en el plec d'una penalitat diferent a la de l'art. 193.3 LCSP n'és un dels casos.

Al respecte, en l'informe emès el 21 d'abril de 2022 en relació a les al·legacions de l'empresa contra l'expedient de penalitats, es va fer constar que:

Respecte a la justificació de la necessitat i importància de l'aplicació de penalitats en cas d'incomplir el termini d'entrega, al PPT es presenta un informe d'experts sobre la transmissió del virus i una guia sobre ventilació. A més, aquesta necessitat ve recollida a la memòria justificativa que consta a l'expedient.

Atès l'evolució de la pandèmia en el moment de redacció de la licitació es va considerar del tot imprescindible que al començament del curs 2021/2022 tots els centres educatius tinguéssim mesures auxiliars de ventilació per prevenir els contagis. Aquest fet es va tornar del tot imprescindible en plena sexta onada de contagis, en ple hivern, per això es va insistir tant en l'arribada dins termini. Com es contestarà en la quarta al·legació, fins i tot, el PPT va afegir links on es podia trobar la justificació tècnica del contracte.

[...]

La lletra S de Penalitats es va redactar emparada per l'art. 193.2 LCSP. És a dir, la inclusió en el PCAP d'unes penalitats distintes a les enumerades a la Llei. I així ho va fer. La justificació que reclama el contractista la pot trobar llargament explicada en l'apartat primer (objecte) del PPT i en la memòria justificativa, de data 5 de maig de 2021, que consta dins l'expedient.

Comprovats amb detall els informes previs necessaris per tramitar l'expedient de contractació, — que és on hauria de constar la justificació de la fórmula—, la pandèmia justificava, com a característiques especials del contracte, que es tramités d'urgència i que es fes constar la imposició de penalitats a la contractista en cas d'incompliment.

Ara bé, en els documents previs esmentats no hi consta una justificació expressa i concreta en relació amb la fórmula triada i als arguments que la motivaven i justificaven. Cal tenir en compte que les diferències entre la fórmula triada i la que preveu la llei són significatives, tant en els percentatges o imports d'aplicació com en els conceptes sobre els quals calcular la penalitat: segons la fórmula triada, la penalització s'havia de calcular aplicant un percentatge per dia de retard sobre l'import total del

contracte; en canvi, segons la fórmula de la llei, el càlcul és raó d'un import diari per cada 1.000 euros del preu del contracte.

I en aquest cas, el preu del contracte es correspon amb el preu unitari d'adjudicació dels purificadors i dels recanvis per les unitats lliurades.

Per tot això, s'estima l'al·legació de la recurrent relativa a la manca de justificació de la penalitat i s'haurà d'aplicar la penalitat legalment prevista, a raó de 0,60 euros per cada 1.000 euros del preu del contracte, IVA exclòs.

I com a conseqüència del que s'ha exposat, l'òrgan de contractació haurà de retrotreure el procediment al moment de calcular la penalitat d'acord amb la fórmula de l'art. 193.3 LCSP i pels dies de demora realment imputables a la contractista.

Altres al·legacions de la recurrent que fan referència a la tramitació de factures o a la tramitació d'un contracte menor de la Conselleria amb el mateix objecte contractual, no s'han tingut en consideració perquè no tenen res a veure amb l'objecte del recurs.

Per tot això, dict el següent,

### **Acord**

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per Farmadosis, SL contra la Resolució del conseller d'Educació i Formació Professional per la qual se li imposen penes per incompliment del contracte de subministrament d'aparells de purificació d'aire i filtres HEPA H13 per als centres educatius de les Illes Balears (CONTR 2021/8340).
2. Ordenar a l'òrgan de contractació que retrotregui el procediment al moment de calcular la penalitat, d'acord amb el que preveu l'art. 193.3 LCSP i pels dies de demora realment imputables a la contractista.
3. Notificar aquest Acord a l'empresa Farmadosis, SL i a la Conselleria d'Educació i Formació Professional.

### **Interposició de recursos**

Contra aquest Acord —que exhaurix 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.

La secretària de la Junta Consultiva  
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero