



Exp. Junta Consultiva: RES 9/2022

Resolució dels recursos especials en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de subministrament d'equips de protecció individuals per als treballadors dels centres educatius de les Illes Balears (CONTR 2021/18205)

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'equips de protecció individuals per als treballadors dels centres educatius de les Illes Balears (CONTR 2021/18205), 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 24 de gener de 2022, la Conselleria d'Educació i Formació Professional i l'empresa Farmadosis varen formalitzar el contracte de subministrament d'equips de protecció individual (en endavant, mascaretes) per als treballadors dels centres educatius de les Illes Balears d'acord amb els PCAP i PPT prèviament aprovats.

El preu es va fixar segons les necessitats de l'Administració per preus unitaris per tipus de mascareta (higièniques, quirúrgiques o FFP2) amb un import màxim de 2.010.000,00 € (IVA inclòs).

El contracte es va tramitar per urgència, per motiu de la pandèmia. La duració del contracte es va fixar des de la formalització (gener de 2022) fins al 31 de desembre de 2022. Segons el plec, una vegada formalitzat el contracte i d'acord amb la necessitat de la Conselleria, l'empresa disposava d'un termini de 15 dies naturals com a màxim, a comptar des de la data en què el responsable del contracte realitzàs cada petició.

2. El 24 de gener el Servei responsable del contracte va fer una comanda de mascaretes. L'empresa va rebre la comanda el dia 29 de gener de 2022.
3. El 13 de febrer de 2022 va finalitzar el termini dels 15 dies naturals per dur a terme el lliurament.
4. El 30 de març de 2022, l'òrgan de contractació va iniciar un expedient d'imposició de penyalitats a l'empresa, per incompliment del termini de lliurament del subministrament de la comanda realitzada en data 24 de gener de 2022. L'import de la penalitat es va fixar en 37.842,13 €, que d'acord amb l'informe proposat de la responsable del contracte, de 29 de març de 2022, es va fonamentar en la motivació següent:
 - D'acord amb la clàusula S del PCAP, en el cas de produir-se un retard en el termini màxim de lliurament per causa imputable a l'adjudicatari la Conselleria d'Educació i Formació Professional iniciarà un procediment de penyalitats, aplicant una penalització equivalent a l'1% de l'import del contracte per cada dia de retard amb un límit màxim del 30% del contracte.
 - El preu total del contracte és de 1.661.157,03 € (IVA exclòs), per tant l'import de la penalitat és de 16.611,57€ per cada dia de demora.
 - 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 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.
 - 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 aquest cas de la primera ordre del subministrament, i no per l'import de licitació.
 - Atès l'anterior, es considera oportú, recalcular l'import de la penalitat proposada d'acord amb la data d'entrega a cada centre, en funció dels dies de mora a cada un d'ells i de cada producte i d'acord amb els preus unitaris de l'oferta, pel nombre d'unitats lliurades a cada centre.
 - Essent l'import total de la primera ordre de subministrament de 175.480,00€ (IVA exclòs) d'acord amb l'import d'adjudicació dels preus unitaris de l'oferta i les unitats encarregades (Annex 1).
 - Els dies naturals de demora són els transcorreguts entre el 13 de febrer de 2022 i la data d'entrega comprovada a l'albarà de cada centre. O la que correspongui respecte d'aquells centres que es va modificar el lloc de lliurament en data posterior. S'ha agafat com a data de referència per aquells centres on no s'ha entregat el dia 25 de març a efectes de càlcul de penyalitats (Annex 1).
 - De la diferència varen resultar els dies de demora i l'import de la penalitat, que es va calcular a raó de l'1% del preu unitari de les mascaretes per dia de demora.
 - Realitzats els càlculs corresponents, resulta que la suma de les penyalitats per retard en el lliurament de la comanda a cada centre educatiu, va donar lloc a una penalitat total de 37.842,13 €, import que no arriba al límit màxim del 30% de l'import total del contracte.

A l'informe proposta de la responsable del contracte s'hi adjuntava un quadre, tipus *excel*, que ocupa un total de 33 pàgines en el qual es calculava l'import de la penalitat. En el quadre s'hi detallaven la data de la comanda i els dies que es varen lliurar les mascaretes a cada centre educatiu, sobre els quals es varen aplicar els preus unitaris de les mascaretes lliurades.

La resolució d'inici es va notificar a l'empresa l'1 d'abril de 2022, en la qual es va concedir el corresponent termini per presentar al·legacions.

5. L'1 d'abril de 2022, l'empresa va sol·licitar la rectificació del termini d'al·legacions, ja que s'havia fixat en dies naturals i no hàbils.
6. El 4 d'abril de 2022 es va dictar Resolució de rectificar l'error de la Resolució d'inici, en els termes següents:

On diu: "(...) dies naturals (...)"

Ha de dir: "(..) 10 dies hàbils (..)"

"per tal que en el termini de 10 dies hàbils des de l'endemà d'aquesta notificació l'empresa pugui presentar les al·legacions que consideri oportunes. "

El 5 d'abril de 2022, es va notificar a l'empresa la rectificació de l'error.

7. El 22 d'abril de 2022, l'empresa va presentar al·legacions, amb les quals es va oposar a la penalitat, en resum, amb els arguments següents:
 - Que en els plecs no estava prevista la imposició de penalitats per incompliment de terminis parcials.
 - Per calcular els dies de demora, s'havia de tenir en compte que la data límit per lliurar les mascaretes era el dia 5 de març i no el 13 de febrer, com s'havia fet constar en la resolució d'inici de l'expedient de penalitats.
 - Tot i la seva voluntat de complir amb els terminis, varen esdevenir circumstàncies extraordinàries i imprevisibles de tipus climatològic que li varen impedir lliurar les mascaretes FFP2 dins els terminis contractats.
 - Considera nul·la o desproporcionada la clàusula relativa a la penalitat aplicable per manca de justificació en l'expedient administratiu.
8. El 3 de maig de 2022, la responsable del contracte va emetre un informe proposta de contestació a les al·legacions, en el qual s'oposava als

arguments de l'empresa, confirmava l'incompliment i l'import de la penalitat de 37.842.13 €.

9. El 4 de maig de 2022, l'òrgan de contractació, d'acord amb l'informe esmentat i, a proposta de la Direcció General Planificació, Ordenació i Centres, 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 8574331 12 per un import de 37.842,13 € per incomplir el termini d'entrega de la comanda realitzada en data 24 de gener de 2022, de conformitat amb el PCAP, PPT i contracte signats.
 Segon.- La penalitat es deduirà de la factura núm. 1 577 de data 27 d'abril de 2022, que ha presentat l'empresa mitjançant FACE en data 29 d'abril de 2022 (Núm. Registre REGAGE22e001 555921 9, núm. factura SAP 2135638 per un import de 175.479,87 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 3 de maig de 2022 i tota la documentació adjunta.

La Resolució d'imposició d'una penalitat es va notificar a l'empresa el 5 de maig de 2022.

10. El 6 de juny 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 del contracte d'equips de protecció.
11. 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 de terminis de lliurament 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 càmput 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 5 de maig de 2022, però el termini per interposar el recurs va acabar el 6 de juny de 2022, – dilluns –, ja que ja el dia 5 de juny va caure en diumenge, dia inhàbil als efectes del càmput de terminis. Per tant, el recurs presentat el dia 6 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, la qual cosa al·lega, resumidament, d'acord amb els arguments següents:

- Al·legació primera. La recurrent al·lega que en la clàusula S dels plecs no estava prevista la imposició de penalitats per incompliment de terminis parcials, que és el que s'ha penalitzat en la resolució impugnada.
- Contestació a l'al·legació primera. Del PCAP i en el PPT d'aquest contracte, resulta d'interès tenir en compte el següent:

En el quadre de descripció del contracte del PCAP, es va indicar que l'objecte del contracte era:

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

En relació amb els terminis d'execució, cal tenir en compte que en la lletra D del quadre de característiques, es va fer constar el següent:

D. DURACIÓN DEL CONTRATO. PLAZO DE EJECUCIÓN. PRÒRROGA

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

Plazo de ejecución total:

Plazos de ejecución parciales:

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

I en la clàusula 4 del PPT, es va indicar que:

Desplegament i distribució

- El contracte s'executarà durant tot l'any 2022. **El termini màxim d'entrega és, una vegada formalitzat el contracte, de 15 dies naturals des del moment en el qual el responsable del contracte doni cadascuna de les ordres de subministrament.**
- **Es realitzaran diferents entregues durant l'any 2022**

Finalment, en relació amb la penalitat aplicable, en la lletra S del PCAP, es va preveure que:

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 caso de incumplimiento parcial de la ejecución del objeto del contrato:

En aquest cas, de manera similar al contracte de subministrament dels purificadors d'aire i filtres objecte de l'expedient de resolució del recurs especial Res 8/2022, també s'observa imprecisió en el llenguatge utilitzat a l'hora redactar els plecs. I centrant la qüestió en el termini d'execució, cal advertir, efectivament, que en el quadre D del PCAP no es varen emplenar els apartats expressament prevists pel termini d'execució, ni totals ni parcials. I en la lletra S del PCAP, tampoc es va fer constar una penalitat específica pel cas d'incompliment parcial de l'execució.

No obstant això, d'una lectura detallada de l'apartat «*Fecha de inicio del suministro*» del quadre D, del quadre S del PCAP i de la clàusula 4 del PPT, resulta clar que la voluntat de l'òrgan de contractació era penalitzar el retard de més de 15 dies naturals en el lliurament de les comandes; i en aquest cas, la previsió era que les comandes serien vàries, la qual cosa concorda amb el termini de durada del contracte, establert en gairebé un any des de la data de signatura del contracte, el mes de gener de 2022 fins al 31 de desembre de 2022. A més, en aquest cas, es va preveure la possibilitat de prorrogar el contracte (lletra D del PCAP).

Així, en contra de la opinió de la recurrent, cal afirmar que l'òrgan de contractació va preveure execucions parcials amb un termini de compliment de 15 dies, dins el qual havien d'estar lliurats totes les mascaretes comandes en cada ocasió. En cas d'incompliment, la contractista quedaria constituïda en mora i l'òrgan de contractació, sense necessitat d'intimació prèvia, quedava facultat per imposar-li penalitats.

De l'informe del Servei responsable del contracte es desprèn que la comanda de 29 de gener de 2022 havia d'estar lliurada, com a màxim, el dia 13 de febrer de 2022, data en què havien passat els 15 dies naturals establerts en el plec.

En aquest sentit, aquesta al·legació s'ha de rebutjar.

En relació amb el càlcul de la penalitat imposada, cal esmentar que en l'informe de la responsable del contracte es va fer constar el següent:

Les entregues s'han realitzat de forma parcial, de forma que es va efectuar una primera entrega de les mascaretes quirúrgiques i, posteriorment, s'han entregat les mascaretes FFP2 i higièniques. (...)

Dia 25 de març encara hi ha centres que no han rebut la comanda de mascaretes FFP2. **S'agafa aquesta data com a data límit per calcular l'import de penalitats**, a efectes que l'empresa consideri l'entrega a temps d'aquesta ordre i d'ordres de subministrament posteriors.

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 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.

Al respecte, cal dir que 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. Per tant, pel càlcul de la penalitat s'havia de tenir en compte com a "dies ad quem", el dia en què s'havia lliurat la comanda completa, incloses les mascaretes FFP2, i sense que s'haguessin de calcular els retards en funció dels dies de demora a cada centre.

– Al·legació segona. La recurrent considera que per calcular els dies de demora s'havia de considerar, com a data límit per lliurar les mascaretes, era el dia 5 de març, ja que aquesta era la data que li havia indicat la Conselleria en un correu electrònic d'abans de formalitzar el contracte; en la seva opinió, la data del 13 de febrer, tinguda en compte en el procediment d'imposició de penalitats, no és la correcta.

Concretament, la recurrent exposa que en comunicacions prèvies a la formalització mantingudes per correu electrònic amb la responsable del contracte, se li va indicar que la data límit per lliurar les mascaretes era el dia 5 de març, data que de bona fe va considerar d'aplicació i d'acord amb la qual va planificar els lliuraments. A més, afegeix que d'acord amb el que estableix la clàusula 24 del PCAP, la responsable del contracte pot fixar les dates del lliurament.

– Contestació a l'al·legació segona.

Els contractes que celebren les Administracions Públiques tenen caràcter formal i s'han de formalitzar en el corresponent document administratiu (art. 37 LCSP). I la facultat de celebrar contractes en nom de l'Administració correspon als òrgans de contractació (art. 61 LCSP).

Els terminis fixats en el contracte formalitzat i en els plecs són els que obliguen a la contractista (art. 300 LCSP), i són els que en cas d'incompliment, comporten conseqüències jurídiques que per la contractista poden ser significatives, ja que queda constituïda en mora, pot ser penalitzada o considerada en causa de resolució contractual (art.193 LCSP).

La clàusula 24 del PCAP que invoca la contractista, disposa literalment el següent:

El contractista està obligat a lliurar els béns objecte de subministrament en el temps i lloc fixats en el contracte, i a executar el contracte amb estricta subjecció a les estipulacions contingudes en el contracte i en aquest plec de clàusules administratives particulars; observarà fidelment el que estableix el plec de prescripcions tècniques, així com les **instruccions que, si escau, li doni per escrit el responsable del contracte** designat per l'òrgan de contractació, **el qual pot ajustar**, així mateix, **el ritme de lliurament dels béns** que s'han de subministrar.

Així, segons aquesta clàusula el responsable del contracte pot donat instruccions a la contractista, per escrit, per ajustar el ritme del lliurament dels béns a subministrar i assegurar la realització correcta de la prestació; ara bé, aquesta facultat de supervisió de l'execució no pot comportar la facultat de modificar el previst en els plecs i en el contracte. En relació amb les facultats que s'atribueixen a la persona responsable del contracte, l'art. 62 LCSP, disposa que:

Els òrgans de contractació han de designar un responsable del contracte al qual correspon **supervisar-ne l'execució i adoptar les decisions i dictar les instruccions necessàries amb la finalitat d'assegurar la realització correcta de la prestació pactada**, dins de l'àmbit de facultats que aquells li atribueixin.

Per tant, el dia indicat de manera informal en un correu electrònic anterior a la formalització del contracte no es pot considerar la data límit de lliurament de les mascaretes als efectes de calcular els dies de demora. Per tant, aquesta al·legació s'ha de rebutjar.

En canvi, d'acord amb l'informe proposta de la responsable del contracte, la demora en el lliurament de la comanda que l'empresa va rebre el 29 de gener de 2022 hauria començat el dia 13 de febrer de 2022.

- Al·legació tercera. L'empresa al·lega circumstàncies extraordinàries i imprevisibles que li varen impedir donar compliment al termini de lliurament.

Concretament, exposa dificultats en el lliurament degut a greus circumstàncies meteorològiques de neu a Turquia,— lloc d'origen de les mascaretes FFP2—, la qual cosa va impedir la sortida dels contenidors on es transportaven per via marítima. També al·lega dificultats de transport degut a una vaga general de transport i aporta, com a prova documental, correus electrònics mantinguts amb diverses empreses d'importació, un informe del servei meteorològic de Turquia, així com tres factures per suposats sobrecostos de transport que, segons al·lega, va haver d'assumir per reduir els terminis de demora en el lliurament de les mascaretes FFP2.

- Contestació a l'al·legació tercera. D'acord amb l'art. 300 LCSP:

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.

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 moment processal oportú, esdevé consentit i ferm i vincula a les parts. En els plecs s'havia previst que el termini màxim de lliurament era de 15 dies naturals, des de cada comanda, la qual cosa va acceptar la contractista des del moment en què va presentar oferta a la licitació.

Els documents d'empreses d'importació presentats amb el recurs, consten sense data ni signatura i no acrediten abastament que el contingut de la càrrega fos el material objecte d'aquest contracte. Les factures per sobrecostos de transport que presenta també s'han de rebutjar, ja que d'acord amb l'art. 197 de la LCSP, l'execució dels contractes es realitza a risc i ventura del contractista.

El principi de risc i ventura dels contractistes en l'execució dels contractes s'ha d'entendre en el sentit que es recull en el Dictamen 28-02-2019, del *Consejo de Estado*, que va considerar que:

La regla de la construcción de la obra a riesgo y ventura del contratista comporta que **el adjudicatario se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial** en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. **La Administración permanece ajena a la suerte o desventura del contratista**. Lo que sí hace la Administración es garantizar la indemnidad de las

prestaciones económicas del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios (cuando resulte de aplicación), que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. **El límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura solo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebra enteramente el equilibrio contractual.**

Les tempestes o les grans nevades durant el mes de gener que al·lega la recurrent eren un risc previsible que correspon assumir al contractista i no a l'Administració, que es manté aliena a la sort o desventura del contractista. A més, en qualsevol cas, qui al·lega circumstàncies de força major ho ha d'acreditar tan aviat com sigui possible, quan sorgeixen tals circumstàncies, per tal de poder avaluar, mitjançant informe de la persona responsable del contracte, si els motius al·legats no són imputables a la contractista. L'art. 195 LCSP disposa que:

Si el retard és produït per motius no imputables al contractista i aquest ofereix complir els seus compromisos si se li amplia el termini inicial d'execució, l'òrgan de contractació li ha de concedir un termini que ha de ser, almenys, igual al temps perdut, a menys que el contractista en demani un altre de més curt. El responsable del contracte ha d'emetre un informe on es determini si el retard es va produir per motius imputables al contractista.

En l'informe que la responsable del contracte va emetre el 3 de maig de 2022 en relació amb les al·legacions que havia presentat l'empresa en el procediment de penalitats, ja es va fer constar, al respecte que:

En cap moment l'adjudicatari va manifestar, durant el termini d'entrega, dificultat en les entregues o retard en el termini, ni va sol·licitar una ampliació formal del termini d'execució per les dificultats externes que comunica ara.

Per tot això, l'al·legació segona de la recurrent s'ha de desestimar.

— Al·legació quarta. Considera nul·la o desproporcionada la clàusula relativa a la penalitat aplicable per manca de justificació en l'expedient administratiu.

La recurrent considera nul·la i/o desproporcionada la clàusula relativa al càlcul de la penalitat i sol·licita que, en cas que se li imposi la penalitat, se li apliqui la de l'art. 193 LCSP, ja que la penalitat que es va preveure en el PCAP, s'hauria d'haver justificat a l'expedient. En canvi, en l'expedient administratiu no es fa cap referència, a cap document de tot l'expedient, a

la motivació o a la base per fonamentar que per a la correcta execució del contracte era necessària la imposició de la penalitat que es va preveure.

I finalment, al·lega que l'apartat 4 de l'article 193 LCSP disposa que 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.

– Contestació a l'al·legació quarta.

En l'informe de l'òrgan de contractació emès en relació amb recurs, es va fer constar que les característiques d'aquest contracte (prevenció COVID-19) justifiquen clarament que el termini d'entrega fos tan curt (15 dies) i que les penalitats per incompliment en el termini d'entrega fos tan alt (lletra S PCP).

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 tramitès 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. I en aquest cas –com en el cas de l'expedient relatiu al contracte de subministrament de purificadors i filtres–, les diferències entre la fórmula triada i la de la llei també són significatives, tant en els percentatges o imports d'aplicació com en els conceptes sobre els quals calcular la penalitat. Segons la fórmula, la penalització es calculava aplicant un percentatge per dia de retard sobre l'import total del contracte, en canvi, segons la llei, es calcula 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 de les mascaretes per les unitats comanades.

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.

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 en el lliurament de les mascaretes objecte de la comanda que siguin imputables a la contractista.

Finalment, respecte a l'al·legació que fa referència a l'apartat 4 de l'article 193 LCSP, una vegada fet el recàlcul, si n'és el cas, l'òrgan de contractació haurà de tenir en compte el límit del 5 per 100 del preu del contracte (IVA exclòs), per acordar, o la resolució del contracte o la seva continuïtat amb imposició de noves penes.

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'equips de protecció individuals per als treballadors dels centres educatius de les Illes Balears (CONTR 2021/18205).
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, pels dies de demora 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 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.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero