



Exp. Junta Consultiva: RES 8/2022

Resolución de recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de suministro de aparatos móviles de purificación de aire y filtros HEPA H13 para los centros educativos de las Illes Balears (CONTR 2021/8340)

Órgano de contratación: Consejería de Educación y Formación Profesional

Recurrente: Farmadosis, SL

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

Visto el recurso especial en materia de contratación que la empresa Farmadosis ha interpuesto contra la Resolución del consejero de Educación y Formación Profesional por la cual se le imponen penalidades por incumplimiento del contrato de suministro de aparatos de purificación de aire y filtros HEPA H13 para los centros educativos de las Illes Balears (CONTR 2021/8340), la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 28 de octubre de 2022, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 17 de noviembre de 2021, la Consejería de Educación y Formación Profesional y la empresa Farmadosis formalizaron un contrato de suministro de purificadores y recambios de filtros para los centros educativos de las Illes Balears, de acuerdo con los pliegos de cláusulas administrativas (PCAP) y de prescripciones técnicas previamente aprobados (PPT).

El precio del contrato se fijó en precios unitarios según las necesidades de la Administración, con un importe máximo de 1.455.550,00 € (IVA excluido); el precio unitario de adjudicación de los aparatos purificadores quedó fijado en 185 € (IVA excluido) y el de recambios de filtros en 38 € (IVA excluido).

El contrato se había tramitado por urgencia por motivo de la pandemia. Y el plazo de duración del contrato y el de ejecución total del suministro se habían establecido en el pliego en 30 días naturales, una vez formalizado el

contrato, desde que el Servicio responsable del contrato autorizara el inicio del suministro.

2. El 11 de marzo de 2022, el órgano de contratación inició un expediente de imposición de penalidades a la contratista por incumplimiento del plazo total, de acuerdo con la letra S del PCA. El importe de la penalidad se fijó en 436.500,00 €, que de acuerdo con el informe propuesta de la responsable del contrato de 10 de marzo de 2022, se fundamentó en la motivación siguiente:

- El precio total del contrato es de 1.455.000,00 € (IVA excluido), por lo tanto el importe de las penalidades es de 14.550,00 € por cada día de demora.
- Dado que el pedido se realizó en fecha de 18 de noviembre de 2021 y a fecha de 27 de diciembre de 2021 se va recepcionar, los días naturales de demora son los transcurridos entre el 27 de diciembre de 2021 hasta el 02 de marzo 2022, por lo tanto 65 días.
- Realizados los cálculos correspondientes, resulta que el importe de la penalidad sería de 945.750,00 €.
- En conformidad con la cláusula 5, el límite aplicable como penalidad es de un máximo del 30% del importe del contrato, por eso la penalidad final aplicable es de 436.500,00 euros

La resolución de inicio se notificó a la empresa el 14 de marzo de 2022, concediéndole el correspondiente plazo para presentar alegaciones.

3. El 25 de marzo de 2022, el órgano de contratación resolvió modificar el importe inicial de la penalidad, fijándolo en 259.572,00 €. Esta modificación se fundamentó en el informe de 24 de marzo de 2022 del Servicio responsable del contrato, que informó que existían errores en el cálculo de la penalidad en el sentido siguiente:

1. Dado que ha habido entregas en fechas diferentes, en los centros educativos especificados en el pedido. Y, dado que, estas entregas se encuentran datadas, en los correspondientes albaranes de entrega, con la firma por parte de cada uno de los centros receptores tal como establece la letra P del PCAP. **Se considera que el cálculo se tiene que hacer teniendo en cuenta el número de días de retraso por código de centro donde se tenía que hacer efectiva la entrega.**
2. Teniendo en cuenta que se trata de un contrato en el cual el sistema de determinación del precio es por precios unitarios y que, por lo tanto, la adjudicación del contrato es por precios unitarios. **El importe total del contrato viene determinado por los precios unitarios de la oferta que constituyen el importe de adjudicación y por el número de unidades solicitadas en el pedido único, y no por el importe de licitación.**
3. Dado lo anterior, **se considera oportuno, recalcular el importe de la penalidad propuesta de acuerdo con la fecha de entrega en cada centro, en función de los días de mora a cada uno de ellos y de acuerdo con los precios unitarios de la oferta, por el número de unidades entregadas a cada centro. Siendo el importe total del contrato, de 865.240,00 € y no 1.455.000,00 €, de acuerdo con el importe de**

adjudicación de los precios unitarios de la oferta y las unidades encargadas (3.880 purificadores y 3.880 pack filtros).

4. De acuerdo con la letra D del PCAP y la cláusula 5 del contrato, el plazo de ejecución total, del objeto del contrato, es de 30 días naturales, desde la orden de suministro por parte de la persona responsable del contrato.

5. **Se adjunta un anexo 1 con el cálculo de acuerdo con las consideraciones anteriores**, teniendo en cuenta que, según consta al expediente, y como ya se dijo en el otro informe, **la fecha de recepción del pedido formulado el 18 de noviembre de 2021**, por parte del contratista fue el 27 de noviembre de 2021, así pues: - Plazo de fin del cómputo: 27/12/2021.

6. Así mismo **se tiene que tener en cuenta que se hizo una modificación de pedido en fecha 22 de diciembre de 2021, que no supuso una modificación de unidades, sino solo de 4 centros de entrega. Respecto de estas unidades, para el cómputo de los días de retraso, se ha tomado en consideración la fecha de recepción de la modificación del pedido**, para calcular el cómputo de 30 días naturales para cumplir, agotado el cual se inicia el cómputo de los días de retraso.

7. Los días naturales de demora son los transcurridos entre el 27 de diciembre de 2021 y la fecha de entrega comprobada al albarán de cada centro (Anexo 1). O la que corresponda respecto de aquellos centros que se modificó el lugar de entrega en fecha posterior.

8. Realizados los cálculos correspondientes, resulta que el importe de la penalidad por mora sería de 274.297,16 € que, aplicando el límite máximo del 30% del importe total del contrato, las penalidades propuestas no podrán ser superiores a 259.572,00 €.

La resolución de modificación del importe de la penalidad se notificó a la empresa el 25 de marzo de 2022, concediéndole un plazo para presentar alegaciones.

4. El 4 de abril de 2022 la empresa solicitó al órgano de contratación el acceso al expediente de contratación (CONTR 202118340), y pidió la suspensión y ampliación del plazo de alegaciones.
5. El 6 de abril de 2022 se comunicó a la empresa el acceso a la documentación del expediente y amplió en dos días más el plazo para presentar alegaciones.
6. El 12 de abril de 2022, la empresa Farmadosis presentó alegaciones, oponiéndose a la penalidad, en resumen, con los argumentos siguientes:
 - Deficiencias de forma y fondo en la tramitación de las penalidades.
 - Discrepancia con los días que se tenían que considerar de demora, lo cual fundamenta en la existencia de circunstancias ajenas a su voluntad y no imputables a la empresa que le impidieron entregar el suministro dentro del plazo contratado; también alega dificultades en la entrega del objeto del contrato por causas imputables a la Administración.

— Nulidad o desproporción de la cláusula relativa a la penalidad aplicable.

7. El 21 de abril de 2022, el Servicio responsable del contrato emitió un informe de contestación a las alegaciones, considerando que se tenían que aceptar algunas de las alegaciones de la empresa, concretamente:

- Que el periodo de vacaciones de Navidad, desde el 27 de diciembre al 9 de enero (14 días), eran de difícil ejecución y, por lo tanto, el retraso no sería imputable íntegramente al contratista. Por eso, aplicando un principio de proporcionalidad, llevó a cabo un nuevo cálculo en el cual se detrayeron los 14 días para no considerarlos incumplimiento del plazo de ejecución.
- Que no se penalizara la demora en la entrega de los recambios de filtros HEPA H13, puesto que los aparatos purificadores ya venían con un filtro incluido de fábrica y por lo tanto, se podían usar sin los recambios contratados.

Hace falta mencionar que en el informe sobre las alegaciones se adjuntaba un cuadro, tipo *excel*, en el cual se calculaba el importe de la penalidad. En el cuadro se detallaban los pedidos, — realizadas en dos fechas diferentes (el 10/01/2022 y el 22/01/2022) — y el día en que se entregaron los purificadores en cada centro educativo. De la diferencia resultaron los días de demora y el importe de penalidad, que se calculó por cada centro a razón del 1% del precio de los purificadores por día de demora. La suma de las penalidades por retraso en el libremente de los purificadores a cada centro educativo dio lugar a la penalidad total propuesta por importe de 137.249,65 €.

El cuadro mencionado ocupa un total de 6 páginas, pero a manera de ejemplo, los conceptos y los cálculos que se detallan son los siguientes:

CÓDIGO CENTRO	Albaranes PURIFICADORES Y FILTROS	Fecha entrega PURIFICADORES	FECHA DE PEDIDO.	DÍAS MORA PURIFICADORES	Precio Purificadores (IVA excluido): 185 euros	Cálculo penalidad Purificadores (1% Del importe *día 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 de abril de 2022, el órgano de contratación, de acuerdo con el informe mencionado y, a propuesta de la Dirección General promotora del contrato, dictó la Resolución de imposición de la penalidad que se impugna, en el sentido siguiente:

Primero.- Imponer la penalidad a la empresa FARMADOSIS, SL con NIF 857433112 por un importe de 137.249,65 € para incumplir el plazo total de entrega, en conformidad con la letra S del PCAP.

Segundo.- La penalidad se deducirá de la factura núm. 869 de fecha 4 de marzo de 2022, que ha presentado la empresa mediante FACE en fecha 21 de marzo de 2022 (Núm. registro REG4GE22e00008355853, núm. factura SAP 2105224) por un importe de 1.046.940,40 euros en relación al CONTR 202118340.

Tercero.- **Notificar esta resolución por la cual se impone la penalidad a la empresa FARMADOSIS, SL junto con el informe sobre las alegaciones elaborado por el servicio promotor del contrato, de fecha 21 de abril de 2022** y toda la documentación adjunta.

Quarto.- Notificar esta resolución a la entidad avalista junto con el informe sobre las alegaciones elaborado por el servicio promotor del contrato, y toda la documentación adjunta.

Esta resolución se notificó a la empresa el 21 de abril de 2022.

9. El 23 de mayo de 2022, el representante de Farmadosis presentó en el registro electrónico general, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de imposición de penalidades.
10. De acuerdo con el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la JCCA solicitó al órgano de contratación la remisión de los expedientes y de los informes jurídicos correspondientes.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso especial es la resolución de imposición de penalidades a la contratista por incumplimiento del plazo total de entrega prevista en un contrato de suministro de la Consejería de Educación y Formación Profesional, la cual tiene carácter de administración pública.

Contra estos actos se puede interponer el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (LRJCAIB). La competencia para resolver este recurso corresponde en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el cual se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de contratos y el Registro de contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. El régimen jurídico aplicable al fondo es el de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la cual se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

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

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

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

La resolución de imposición de penalidades que se impugna se notificó a la empresa el 21 de abril de 2022, pero el plazo para interponer el recurso acabó el 23 de abril, — lunes—, puesto que ya el 21 y 22 de abril cayeron en sábado y domingo, días que se tienen que considerar inhábiles a los efectos

del cómputo de plazos. Por lo tanto, dado que el recurso se presentó el día 23 de abril, se tiene que considerar interpuesto dentro del plazo adecuado.

5. En el recurso interpuesto, la recurrente solicita que no se le imponga ninguna penalidad, o subsidiariamente, en caso de que se le imponga, que se tengan en cuenta los motivos de oposición, que resumidamente, son los siguientes:

— Alegación primera. La recurrente alega deficiencias de fondos y forma en la tramitación del procedimiento de penalidades. Concretamente, considera improcedente que se le imponga la penalidades cuando ya se había cumplido el contrato; y añade que no se contestaron las alegaciones que presentó en el procedimiento.

— Contestación a la alegación primera. Una vez analizado con detalle el expediente de penalidades tramitado, el informe sobre las alegaciones de 21 de abril de 2022, las alegaciones de la recurrente, así como el informe que el órgano de contratación ha emitido el 2 de junio de 2022 en relación con el recurso, hay que decir lo siguiente:

El art.193 LCSP regula la demora en la ejecución de los contratos en el sentido siguiente:

1. El contratista **está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total** fijado para su realización, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.
2. La constitución **en mora** del contratista **no requiere intimación previa por parte de la Administración.**
3. Cuando el contratista, por causas que le son imputables, haya incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, **la Administración puede optar, dadas las circunstancias del caso**, por la resolución del contrato o por **la imposición de las penalidades [...]**

En los contratos de suministro, el cumplimiento de los plazos tiene especial importancia, porque el art. 300 LCSP dispone que el contratista está obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y en conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

En relación con el plazo de ejecución y las penalidades aplicables en caso de incumplimiento, en el PCAP se previó que:

D. DURACIÓN DEL CONTRATO. PLAZO DE EJECUCIÓN. PRÓRROGA

Duración del contrato: Desde la orden de suministro, una vez se haya firmado lo

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

[...]

caso de incumplimiento del plazo total: 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 consecuencia, el órgano de contratación fijó en el pliego un plazo total de ejecución, dentro del cual tenían que estar entregados todos los purificadores de aire y de los filtros objeto del contrato. En caso contrario, la contratista quedaría constituida en mora y el órgano de contratación, sin necesidad de intimarla previamente, quedaba facultada para imponerle las penalidades que previó en el PCAP.

La alegación relativa a la improcedencia de la penalidad, cuando ya se había completado el contrato, se tiene que rechazar, ya que en los pliegos se habían previsto expresamente penalidades por incumplimiento del plazo total de entrega de los bienes, no se habían previsto entregas parciales y se había fijado un plazo de ejecución de 30 días naturales, lo cual la empresa aceptó y consintió, sin ninguna excepción o reserva por el hecho de presentar proposición (art. 139 LCSP).

La doctrina y la jurisprudencia admiten la imposición de penalidades cuando ya se ha ejecutado el contrato, atendiendo a la tipología del contrato y a las previsiones del pliego. La legislación de contratación pública regula expresamente una modalidad de cláusula penal en el supuesto de incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato. Seguramente, la razón viene fundamentada en la consideración que el plazo de ejecución es una obligación esencial en el contrato administrativo y en especial, en el caso de los contratos de suministro, como es el caso que nos ocupa.

Así, el que prevé el art. 193 LCSP participa de las finalidades que persiguen las cláusulas penales: una función coercitiva, de incentivación del contratista para que realice en el calendario acordado el objeto contractual; así como una función penalizadora, compensatoria o indemnizatoria, que se equipara a las cláusulas penales del artículo 1152 del Código Civil, que prevé que: *«En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la*

indemnización de daños y al abono de intereses caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado»—.

En relación con la alegación relativa a los defectos formales de tramitación, por carencia de contestación a las alegaciones que había presentado en el procedimiento, cabe mencionar que el órgano de contratación ha reconocido la existencia de un error en la práctica de la notificación de la resolución impugnada. En el informe jurídico del órgano de contratación de 2 de junio de 2022, emitido en relación con el recurso interpuesto, se hizo constar que:

Se ha constatado un error material a la hora de enviar el NOTIB de fecha 21 de abril de 2022 mediante el cual se notificaba la Resolución del órgano de contratación de la Consejería de Educación y Formación Profesional [...], por la cual se imponen las penalidades a la empresa [...] dado que **se ha comprobado, como dice el recurrente, que no se adjuntó el informe técnico de contestación a las alegaciones [...]** Se adjunta a este informe el mencionado Informe sobre las alegaciones de la empresa FARMADOSIS, SL, firmado electrónicamente en fecha 21 de abril de 2022, y con la adjunción de este informe sobre las alegaciones se dan por contrastados cada uno de los antecedentes de hechos que expone el recurrente en su recurso [...]

Este error comporta defectos formales en la notificación del acto impugnado, lo cual impidió a la empresa conocer el contenido del informe sobre las alegaciones, el cual tenía que servir como motivación de la Resolución impugnada. Los actos administrativos tienen que ser motivados (arte. 25 LPACAP) y la motivación *in allunde* de los actos administrativos, mediante la aceptación de informes o dictámenes que sirvan de motivación los actos, requiere que los informes se incorporen efectivamente, adjuntos, a la resolución que se notifique a la interesada. Según el TACRC (entre otros, Resolución 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”»**

Ahora bien, en el supuesto de que nos ocupa, la empresa ha podido ejercer su derecho de defensa con la interposición del recurso especial, en la resolución del cual se tiene en consideración el expediente administrativo completo, incluido el informe mencionado, por lo cual hay que afirmar que no se le ha causado indefensión.

Por todo esto, la alegación primera se tiene que desestimar.

— Alegación segunda. La recurrente discrepa especialmente de los días de ejecución del contrato y de los días que se tienen que considerar de demora, lo cual fundamenta en diferentes causas, ajenas a su voluntad, que le impidieron el cumplimiento del contrato dentro de plazo. También discrepa de los conceptos que se tienen que penalizar. Concretamente:

La recurrente expone dificultades de transporte debido a la congestión extraordinaria, imprevisible y fortuita en los puertos y a la crisis mundial de transportes, por lo cual alega que solicitó una prórroga del plazo de ejecución, de acuerdo con la cláusula 8.2 del PCAP y el art. 195.2 LCSP.

También alega que el plazo de ejecución no empezó el día en que se formalizó el contrato, el 17 de noviembre de 2021, sino el 15 de diciembre, fecha en que Tribunal Central de Recursos Contractuales (TACRC) resolvió un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación. Y considera que presentó planes de libremente para mantener informada en todo momento a la responsable del contrato del proceso de entrega de los purificadores.

La recurrente considera que los 14 días en que los centros estuvieron cerrados por las vacaciones de Navidad (desde el 27 diciembre de 2021 al 9 de enero de 2022) no se tendrían que contar, puesto que la causa de no poder entregar el material a suministrar no era imputable a la empresa, sino a la Administración.

También alega que atendiendo a la literalidad de la letra D del PCAP, se tendría que considerar que el plazo de ejecución del contrato empezó realmente el 22 de diciembre de 2021, fecha en que se realizó la nueva y definitiva orden de suministro.

Y finalmente, en relación con los conceptos penalizables, la recurrente considera que el retraso en entrega de los paquetes de filtros HEPA H13 no se tendría que penalizar, para que los aparatos purificadores ya venían con un filtro incluido, de fábrica, y se podían usar sin los filtros extras.

— Contestación a la alegación segunda.

Las penalidades tienen que ser proporcionales al periodo de incumplimiento y tienen que comprender el periodo existente entre la producción del incumplimiento y la fecha en que se corrija la ejecución defectuosa del contrato.

Una vez analizados los expedientes de contratación y de penalidades tramitados por la Consejería, y teniendo en cuenta el informe sobre las alegaciones de 21 de abril de 2022, así como el informe que el órgano de contratación ha emitido el 2 de junio de 2022 en relación con el recurso, hay que decir lo siguiente:

Los pliegos constituyen la ley del contrato (*lex contractus*), de tal manera que aquello que se previó, si no se impugnó en su momento, es consentido y firme y vincula a todas las partes. Los contratistas, por el hecho de presentar la suyas proposiciones, aceptan incondicionadamente el contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones de los pliegos, sin ninguna excepción o reserva (art. 139 LCSP). Y por el órgano de contratación, el principio de *lex contractus* comporta que todas las incidencias del contrato, su ejecución y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se tienen que ajustar estrictamente a las previsiones contenidas en los pliegos.

Respecto a las presuntas dificultades de transporte en los puertos y a la solicitud de prórroga, en el informe sobre las alegaciones se informó que:

«Ni antes ni ahora hay ninguna justificación ni documento acreditativo por parte del contratista que justificase las causas del retraso ni la existencia de las condiciones que obligaban a una ampliación del plazo de ejecución.»

Con el escrito del recurso, la empresa ha adjuntado correos electrónicos con el Servicio responsable del contrato en los cuales constan las comunicaciones mantenidas durante la ejecución para planificar las entregas. Estos correos no justifican el retraso, como tampoco los documentos relativos a una empresa de importación (Operinter Valencia) en los cuales se hace constar que dos navieras llevaban retraso en el transporte de contenedores que tenían que hacer los trayectos desde Singapur en Valencia o desde China en Valencia. En estos documentos, sin fecha ni firma, solo constan números de contenedores (MSDU8449390/40hq, BSIU9662221/40hq, TRHU4260448/40hq etc), que no acreditan que el contenido de la carga fuera lo material objeto del contrato.

Además, de acuerdo con el informe del órgano de contratación, quien alega la fuerza mayor tiene que acreditar que el incumplimiento es a consecuencia de un suceso que no se ha podido prever o que, previsto, fuera inevitable. El cumplimiento de un contrato supone que el contratista tenga que adoptar medidas para solucionar estos imprevistos (como por ejemplo, tener preparada una alternativa al suministro marítimo o asumiendo costes adicionales, pero que permitan cumplir la obligación de entrega dentro de plazo o con un retraso mínimo). Por lo tanto, la diligencia y agilidad en las gestiones de los suministro no se necesitaban en fecha 31 de enero de 2022 y mucho menos en sede de penalidades, aportando una documentación que supuestamente justifica el retraso.

En los contratos de suministro, el contratista está obligado a entregar los bienes contratados en el tiempo y lugar fijados en el contrato y en conformidad con los pliegos. Y en este caso, el objeto del contrato era el suministro de purificadores de aire y de recambios de filtros, en 30 días naturales desde el pedido, en los centros educativos detallados en el PPT a las cuatro islas baleares (Mallorca, Menorca, Eivissa y Formentera). Además, en el pliego se había previsto expresamente que no se permitía la posibilidad de prorrogar el contrato (letra D del PCAP).

La empresa, con la presentación de la oferta, aceptó las condiciones del pliego sin ninguna excepción o reserva y estaba obligada a dar cumplimiento al contrato con tales condiciones. En cambio, si hubiera previsto dificultades para cumplir los plazos, tendría que haber impugnado el pliego en el momento procesal oportuno, lo cual no consta en el expediente.

Respecto a la solicitud de prórroga que alega la contratista, en el informe sobre las alegaciones se indicó que:

«de la lectura de toda la documentación aportada por la empresa, no encuentra esta Administración ninguna solicitud formal que se pueda entenderse como solicitud de prórroga y menos aunque se pueda entender que expresa o tácitamente la Administración hubiera aceptado una prórroga del plazo de ejecución».

La solicitud de prórroga de los contratos se encuentra expresamente regulado en el art. 100 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas (RGLCAP):

Artículo 100. Petición de prórroga del plazo de ejecución.

1. La petición de prórroga por parte del contratista tiene que tener lugar en el plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las cuales considera que no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos que la Administración pueda resolver oportunamente, y siempre antes de que finalice el plazo de ejecución del contrato, sobre la prórroga, sin perjuicio que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido. Si la petición del contratista se formula el último mes de ejecución del contrato, la Administración tiene que emitir resolución sobre la petición antes de los quince días siguientes al acabamiento de este. Durante este plazo de quince días, no puede continuar la ejecución del contrato, el cual se considera extinguido el día en que expire el plazo previsto si la Administración deniega la prórroga solicitada, o no emite resolución.

2. En caso de que el contratista no solicite la prórroga en el plazo antes señalado, se entiende que renuncia a su derecho, y la Administración queda facultada para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que considere conveniente, con imposición, si es procedente, de las penalidades que establece el artículo 95.3 de la Ley o, si se tercia, las que consten en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar que finalice el plazo para proceder a la resolución del contrato.

En relación con los días de demora, hay que mencionar que tanto en el expediente tramitado como en el informe sobre las alegaciones, como también en el escrito de alegaciones de la recurrente, existe un baile de fechas que genera mucha confusión. Este baile de fechas se debe de, en parte, a la rigidez temporal del pliego, en el que se previeron solo 30 días naturales para entregar todo el objeto del contrato desde el encargo; y en parte, a la carencia de claridad de las cláusulas relativas al plazo de ejecución. Por ejemplo, en el PCAP y PPT se usaron varios conceptos para referirse al inicio de la prestación: *30 días naturales desde la orden de la persona responsable del contrato; 30 días naturales desde la petición; 30 días naturales desde el encargo; 30 días naturales desde la confirmación del pedido.*

En la imposición de penalidades por demora resulta esencial determinar con precisión la fecha de inicio (*dies a quo*) y la fecha final (*dies ad quem*) del cómputo del plazo de ejecución del contrato. Esto requiere claridad y precisión en la redacción de las cláusulas para evitar problemas posteriores durante la ejecución del contrato. En cambio, en este caso, a lo largo del procedimiento y en la resolución impugnada se ha calculado el importe de la penalidad sin tener en cuenta la literalidad de las letras D y S del PCAP.

A pesar de la carencia de precisión en el lenguaje, a la vista de la letra D del PCAP, parece claro que la voluntad del órgano de contratación era que el plazo de ejecución del suministro fueran 30 días naturales desde la fecha del pedido, que sería única. En este tiempo tenía que estar suministrado la

totalidad de los bienes, lo cual concuerda también con el apretón durado del contrato, fijada en el PCAP en 30 días naturales.

Por lo tanto, para determinar el *dies a quo* del suministro se tiene que partir de la fecha del pedido y de nada más. De este modo, las alegaciones que hacen referencia a las fechas de perfección del contrato o a las fechas reflejadas en los planes de entrega se tienen que descartar de pleno. De hecho, en los pliegos no había ninguna cláusula que exigiera a la contratista la presentación de los supuestos planes de libremente. Por eso, el extenso debate al respecto que consta en las alegaciones y en el informe de contestación a las alegaciones es estéril y solo enreda. En caso de que se tuvieran que presentar se tendría que haber previsto los pliegos.

Centrando la cuestión en el pedido, se advierte en el expediente que se hicieron dos pedidos: una el día 18 de noviembre de 2021; y la otra el 22 de diciembre de 2021. A la primera, se solicitaron la totalidad de los purificadores y filtros, y al segundo pedido se cambió el lugar de entrega de algunos aparatos.

En varios documentos del expediente, la Administración admitió que el segundo pedido suponía una modificación del pedido inicial; ahora bien, en otros, argumentó que este cambio no se podía considerar un pedido nuevo porque no modificó el número de unidades, sino solo el lugar de entrega de aparatos, los cuales inicialmente se tenían que suministrar en centros de Alcúdia y de Sóller y, con el cambio, se tendrían que suministrar a distintos centros de la zona de Palma.

En cambio, la recurrente alega que, atendiendo a la literalidad de la letra D del PCAP, se tendría que considerar que el plazo de ejecución empezó el 22 de diciembre de 2021, fecha en que se realizó el pedido definitivo, puesto que los cambios de la Administración no se pueden considerar retrasos imputables a la empresa.

Una vez comprobado con detalle la hoja de cálculo de la penalidad impuesta, el cual consta como anexo en el informe sobre las alegaciones de 21 de abril de 2022, consta que las unidades realmente afectadas por el cambio en el pedido fueron un total de 51. Ahora bien, sea cual sea el número de unidades, lo que está claro es que en el PCAP se había previsto un pedido único, definitiva, clara y sin cambios, y mas teniendo en cuenta el ajustadísimo plazo de ejecución que se habían fijado.

Por todo esto, el error de la Administración a la hora de hacer el pedido no se puede imputar a la contratista por lo cual se tiene que admitir que el pedido se hizo el 22 de diciembre de 2021. Por lo tanto, la empresa disponía desde el 22/12/2021 hasta el 20/01/2022 para ejecutar la totalidad del objeto del contrato.

Así las fechas, hay que tener en cuenta que el pedido quedó hecho a las puertas de las vacaciones de Navidad, cuando las escuelas están cerradas. En el informe sobre las alegaciones se reconocieron las dificultades que el periodo de vacaciones comportaban para el cumplimiento del contrato y se propuso no computar los 14 días de Navidad (desde el 27 diciembre de 2021 al 9 de enero de 2022) como días de retraso imputables a la contratista, sino de la Administración. De este modo, el importe de la penalidad reflejada en la resolución impugnada se excluyeron del cálculo 14 días.

En opinión de la JCCA, una planificación adecuada y realista de los plazos por parte del órgano de contratación, que tuviera en cuenta el calendario escolar, tanto por el que se refiere a días lectivos como días festivos, habría ahorrado algunas de las dificultades surgidas en este expediente. Comprobado ahora con detalle el calendario escolar para el curso 2021-2022 (publicado en el BOIB de 17 de abril de 2021), las vacaciones de Navidad fueron desde el 23 de diciembre hasta el 7 de enero, por lo tanto, duraron 16 días; de tal manera, que el periodo de cumplimiento del contrato habría quedado interrumpido durante los días mencionados de vacaciones y se habría retomado el día 8/01/2022, finalizando el plazo de ejecución del contrato el día 05/02/2022.

Por lo tanto, el 06/02/2022 habría empezado la demora de la contratista, se habría prolongado hasta el día 02/03/2022, fecha en que constan entregados todos los purificadores y todos los filtros objeto del contrato. En conclusión, los días de demora imputables a la contratista serían un total 25.

En este sentido, la alegación de no penalizar la demora de los filtros HEPA H13, con el argumento que los purificadores ya venían con un filtro, de fábrica, se tiene que rechazar.

De acuerdo con la literalidad de los pliegos, el objeto del contrato eran los purificadores de aire y los recambios de filtros y la penalidad aplicable se previó por el incumplimiento total del contrato, sin distinguir que el objeto

penalizables fueran solo los purificadores de aire, pero no los filtros. Así, el retraso en la entrega de los filtros no se puede excluir de la penalización.

Además, como ya se ha mencionado, las penalidades tienen que ser proporcionales al periodo de incumplimiento y tienen que comprender el periodo existente entre la producción del incumplimiento y la fecha en que se corrija la ejecución defectuosa del contrato. Y solo se puede considerar corregida la ejecución defectuosa del contrato cuando está entregada la totalidad del objeto, sin excepciones. Por todo lo expuesto, por el cálculo de las penalidades se tendrá que coger como "*dies ad quem*", el día en que se haya entregado la totalidad del pedido único realizado, incluidos también los recambios de filtros, sin que se tengan que calcular los retrasos en función de los días de mora en cada centro.

En el informe sobre las alegaciones que consta en el expediente, se reconoció que aquello prudente por parte del órgano de contratación habría sido modular o graduar en los pliegos dos tipos de incumplimiento o de demora (los relativos a los aparatos y los relativos a los packs de filtros).

En conclusión, por un lado, se estima parcialmente la alegación con relación con las fechas que se tienen que aplicar en el cálculo de las penalidades; y del otro, se desestima el argumento relativo a la no penalización del retraso por los filtros.

— Alegación tercera.

La recurrente considera nula y desproporcionada la cláusula relativa al cálculo de la penalidad y solicita que, en caso de que se le imponga penalidad, se le aplique la penalidad del art. 193 LCSP, que prevé penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato (IVA excluido).

Según la recurrente, la penalidad que prevé este artículo de la ley no es tan gravosa como la penalidad que se previó en el PCAP, a razón del 1% del importe total del contrato por cada día de retraso, con el límite máximo del 30% del importe total del contrato.

La recurrente argumenta que para aplicar penalidades distintas a la proporción que prevé la ley, el órgano de contratación lo tendría que haber justificado al expediente. En cambio, en el expediente administrativo (CONTR 2021/8340) no consta ninguna referencia a la motivación para

fundamentar que, para la correcta ejecución del contrato, fuera necesaria la imposición de la penalidad que se previó. Además, añade que las penalidades tienen que ser proporcionales al incumplimiento, y que en este caso el objeto del contrato se cumplió y lo único que no pudo cumplir fue el plazo de entrega.

— Contestación a la alegación tercera.

Efectivamente, como alega la recurrente, el artículo 193.3 LCPS dispone que:

Cuando el contratista, por causas que le son imputables, haya incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración puede optar, dadas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las **penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.**

El órgano de contratación puede acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades diferentes a las que enumera el párrafo anterior **cuando, teniendo en cuenta las características especiales del contrato, se considere necesario para su ejecución correcta y así se justifique en el expediente.**

A la letra S del PCAP del expediente que nos ocupa, no se previó la penalidad legal, sino la específica siguiente:

S. PENALIDADES ESPECÍFICAS PARA ESTE CONTRATO

En caso de incumplimiento del plazo total: 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 contratación pública, la motivación de múltiples aspectos es fundamental y la LCSP 2017 ha multiplicado su exigencia. La inclusión en el pliego de una penalidad diferente a la del art. 193.3 LCSP es uno de los casos.

Al respeto, en el informe emitido el 21 de abril de 2022 en relación a las alegaciones de la empresa contra el expediente de penalidades, se hizo constar que:

Respecto a la justificación de la necesidad e importancia de la aplicación de penalidades en caso de incumplir el plazo de entrega, al PPT se presenta un informe de expertos sobre la transmisión del virus y una guía sobre ventilación. Además, esta necesidad viene recogida a la memoria justificativa que consta en el expediente.

Dada la evolución de la pandemia en el momento de redacción de la licitación se consideró del todo imprescindible que a comienzos del curso 2021-2022 todos los centros educativos tuvieran medidas auxiliares de ventilación para prevenir los contagios. Este hecho se volvió del todo imprescindible en plena sexta oleada de contagios, en pleno invierno, por eso se insistió tanto en la llegada dentro de plazo. Cómo se contestará en la cuarta alegación, incluso, el PPT añadió links dónde se podía encontrar la justificación técnica del contrato.

[...]

La letra S de Penalidades se redactó amparada por el art. 193.2 LCSP. Es decir, la inclusión en el PCAP de unas penalidades distintas a las enumeradas a la Ley. Y así lo hizo. La justificación que reclama el contratista la puede encontrar largamente explicada en el apartado primero (objeto) del PPT y en la memoria justificativa, de fecha 5 de mayo de 2021, que consta dentro del expediente.

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

Ahora bien, en los documentos previos mencionados no consta una justificación expresa y concreta en relación con la fórmula elegida y a los argumentos que la motivaban y justificaban. Hay que tener en cuenta que las diferencias entre la fórmula elegida y la que prevé la ley son significativas, tanto en los porcentajes o importes de aplicación como en los conceptos sobre los cuales calcular la penalidad: según la fórmula elegida, la penalización se tenía que calcular aplicando un porcentaje por día de retraso sobre el importe total del contrato; en cambio, según la fórmula de la ley, el cálculo es a razón de un importe diario por cada 1.000 euros del precio del contrato.

Y en este caso, el precio del contrato se corresponde con el precio unitario de adjudicación de los purificadores y de los recambios por las unidades entregadas.

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

Y como consecuencia de lo que se ha expuesto, el órgano de contratación tendrá que retrotraer el procedimiento al momento de calcular la penalidad de acuerdo con la fórmula del art. 193.3 LCSP y por los días de demora realmente imputables a la contratista.

Otras alegaciones de la recurrente que hacen referencia a la tramitación de facturas o a la tramitación de un contrato menor de la Consejería con el mismo objeto contractual, no se han tenido en consideración porque no tienen nada que ver con el objeto del recurso.

Por todo esto, dicto el siguiente,

Acuerdo

1. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Farmadosis, SL contra la Resolución del consejero de Educación y Formación Profesional por la cual se le imponen penalidades por incumplimiento del contrato de suministro de aparatos de purificación de aire y filtros HEPA H13 para los centros educativos de las Illes Balears (CONTR 2021/8340).
2. Ordenar al órgano de contratación que retrotraiga el procedimiento al momento de calcular la penalidad, de acuerdo con lo que prevé el art. 193.3 LCSP y por los días de demora realmente imputables a la contratista.
3. Notificar este Acuerdo a la empresa Farmadosis, SL y a la Consejería de Educación y Formación Profesional.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— se puede interponer un recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses contadores desde el día siguiente de haber recibido la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero