



G CONSELLERIA
O HISENDA I RELACIONS
I EXTERIORS
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 12/2018

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de servicios de mantenimiento de las pistas de tierra batida del Polideportivo Príncipes de España

Exp. CONTR 2016/7623

Consejería de Cultura, Participación y Deportes

Recurrente: Melchor Mascaró, SAU

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 27 de noviembre de 2019

Dado el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Melchor Mascaró, SAU, contra la Resolución de la consejera de Cultura, Participación y Deportes, de 6 de junio de 2018, por la que se acuerda imponer una penalidad a la empresa por incumplimiento del contrato de servicios de mantenimiento de las pistas de tierra batida del Polideportivo Príncipes de España, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 27 de noviembre de 2019, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 1 de marzo de 2017, el representante de la Consejería de Transparencia, Cultura y Deportes, y la representante de la empresa Melchor Mascaró, SAU (en adelante, la recurrente o la contratista), firmaron el contrato de servicios de mantenimiento de las pistas de tierra batida del Polideportivo Príncipes de España. La duración del contrato se estableció en un año a contar desde la formalización del contrato, con posibilidad de prórroga por un plazo máximo igual al inicial.
2. El 30 de abril de 2018, el director del Polideportivo Príncipes de España emitió un informe en el que proponía la imposición de una penalidad de un total de 1.455,43 euros por varios incumplimientos de las prestaciones establecidas a los puntos 1 y 2 del apartado 3 y a los apartados 5 y 7 del pliego de prescripciones técnicas relativos, respectivamente, a los horarios del servicio



de mantenimiento; a las tareas concretas a realizar; a los productos, utillaje y maquinaria; y a las responsabilidades del contratista.

3. El 4 de mayo de 2018, el secretario general de la Consejería de Cultura, Participación y Deportes resolvió iniciar, por delegación, el procedimiento de imposición de penalidades a l'empresa Melchor Mascaró, SAU, por incumplimiento del contrato. Esta Resolución se notificó a la empresa el 8 de mayo de 2018, con la indicación de que disponía de diez días hábiles para formular las alegaciones y aportar la documentación que considerara oportuna.
La recurrente no presentó escrito de alegaciones.
4. El 6 de junio de 2018, el secretario general de la Consejería de Transparencia, Cultura y Deportes, por delegación de la consejera de Transparencia, Cultura y Deportes, dictó la Resolución por la que se impone una penalidad de un total de 1.455,43 euros a la empresa Melchor Mascaró, SAU, por incumplimiento del contrato, que el director del Polideportivo Príncipes de España puso de manifiesto en su informe de día 30 de abril de 2018. Esta Resolución se notificó a la empresa el 11 de junio de 2018.
5. El 12 de julio de 2018, la representante de la empresa Melchor Mascaró, SAU, interpuso ante el registro de la secretaría general de Cultura, Participación y Deportes, un recurso de reposición contra la Resolución de la consejera de Cultura, Participación y Deportes de día 6 de junio de 2018, por la que se impone una penalidad a la empresa por incumplimiento del contrato de servicios de mantenimiento de las pistas de tierra batida del Polideportivo Príncipes de España.

La recurrente fundamenta el recurso en los siguientes argumentos:

— A la empresa le ha resultado muy difícil llevar a cabo el servicio en las escasas dos horas diarias contratadas, y esto ha afectado a la calidad del servicio.

Aun así, la empresa ha intentado cubrir siempre el servicio y resolver todas las incidencias, y por eso admite ciertos incumplimientos, pero considera incorrectos otros, y alega:

— En relación con el incumplimiento en la tarea de suministro de tierra, que la empresa depende del stock y del proveedor, y que ha intentado tener siempre tierra de reserva, pero las condiciones climatológicas del invierno han hecho que, en un año, la empresa haya tenido que reponer 6.000 kilogramos de tierra batida, cosa que ha sobrepasado todas las previsiones.



— En relación con el incumplimiento en la tarea de extender dos capas de tierra nueva y compactarla, el recurrente alega que se han realizado las actuaciones ordinarias y extraordinarias necesarias para mantener en buenas condiciones las instalaciones. Así, en el mes de enero, en menos de dos semanas y debido a las condiciones climatológicas adversas, la empresa ha repuesto completamente la tierra de las pistas 6 y 7 dos veces.

— En relación con el incumplimiento en la tarea de regar para mantener el grado de humedad óptimo, el recurrente explica que en un principio el riego estaba programado y esto permitía a la empresa controlar el nivel de humedad, y no hubo ninguna incidencia en este periodo. En cambio, en el mes de febrero, la empresa y la dirección del polideportivo acordaron que el personal de mantenimiento del polideportivo se haría responsable de esta actividad, porque era complicado coordinar las horas programadas de riego con las necesidades de los usuarios. Así, el recurrente entiende que no se le puede responsabilizar de una tarea que ahora desarrolla el propio polideportivo.

Por todo ello, el recurrente solicita que se estime el recurso y que se revise la cuantía de las penalidades impuestas.

6. De acuerdo con lo que dispone el artículo 66.2 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, este recurso tuvo entrada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 1 de agosto de 2018.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución de la consejera de Cultura, Participación y Deportes de 6 de junio de 2018, relativa a la imposición de penalidades por incumplimiento del contrato de servicios de mantenimiento de las pistas de tierra batida del Polideportivo Príncipes de España, tramitado por la Consejería de Cultura, Participación y Deportes, que tiene carácter de administración pública.

El procedimiento de adjudicación del contrato se rige por el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), que también regirá los efectos, cumplimiento y extinción del contrato, incluidas sus posibles modificaciones, duración y el régimen de prórrogas.

Dado que el acto impugnado no es susceptible del recurso especial en materia de contratación del artículo 40 del TRLCSP, puede interponerse en contra 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 (en adelante LRJ-CAIB), cuya resolución corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears.

El artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que:

El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no es obstáculo para tramitarlo, siempre que se deduzca su carácter verdadero.

En este caso queda claro que el recurso interpuesto, a pesar de que la recurrente hace mención al recurso de reposición, es el recurso especial en materia de contratación.

La competencia para resolver este recurso corresponde a 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 que 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.

La empresa recurrente, Melchor Mascaró SAU, se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación y lo ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro de plazo adecuado.

2. Antes de entrar a analizar las alegaciones del recurrente, hay que hacer una breve pincelada a lo que prevé la normativa, la doctrina y la jurisprudencia en relación con la imposición de penalidades.

En cuanto a la normativa, el TRLCSP que resulta de aplicación, preveía en el apartado 4 del artículo 87 la posibilidad de establecer penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, y en el artículo 212, que la Administración pudiera imponerlas, de acuerdo con las previsiones específicas de los pliegos, en los casos de ejecución defectuosa de la prestación objeto del contrato o de incumplimiento de los compromisos adquiridos o de las condiciones especiales de ejecución que se hubieran establecido en los pliegos y en el anuncio de licitación. Las penalidades, que debían ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y no podían superar el 10 por ciento del presupuesto del contrato, podían imponerse mediante Resolución dictada por el órgano de contratación, a propuesta del responsable del contrato, y podían hacerse efectivas mediante deducción de las cantidades a abonar al contratista, o sobre la garantía cuando no pudieran deducirse de las certificaciones.



Según la doctrina y la jurisprudencia, la finalidad que la Administración persigue con la imposición de penalidades es esencialmente de carácter coercitivo —no sancionador— para garantizar el cumplimiento contractual y, por lo tanto, las penalidades responden a un incumplimiento obligacional, de manera que se enmarcan en los poderes de dirección, inspección y control del órgano de contratación en garantía del interés público; no obstante, también se admite su finalidad compensatoria o indemnizatoria, e igual que en el ámbito civil, vienen a sustituir a la indemnización por daños. En este sentido, habría que mencionar entre otros, las Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005 y de 13 de febrero de 2012.

Por lo tanto, lo que debe determinarse a la hora de imponer una penalidad es si existe responsabilidad objetiva del contratista debido a un incumplimiento de las obligaciones establecidas en los documentos contractuales.

3. El procedimiento de imposición de penalidades que dio lugar a la Resolución impugnada se inició a propuesta del director del Polideportivo Príncipes de España, responsable del contrato, que en el informe de día 30 de abril de 2018 relaciona los incumplimientos siguientes por parte de la empresa Melchor Mascaró SAU:

— El incumplimiento relativo al apartado 3 **Tareas objeto del contrato y condiciones de su realización**, punto 3.1 Horarios del servicio de mantenimiento del PPT, hace que se considere imponer una penalidad de hasta un 1% del presupuesto del contrato, IVA excluido, por importe de 246,14€.

—El incumplimiento relativo al apartado 3 del PPT en lo referente a Tareas **objeto del contrato y condiciones de su realización** al apartado 5 en lo referente a Productos, **utillaje y maquinaria** y al apartado 7 en lo referente a Responsabilidades **del contratista**, que se considere imponer una penalidad de hasta un 1% del presupuesto del contrato, IVA excluido, por importe de 246,14€.

—El incumplimiento relativo al apartado 3 **Tareas objeto del contrato y condiciones de su realización**, punto 3.2 Tareas del PPT y apartado 5 **Productos, utillaje y maquinaria**, hace que se considere imponer el regreso del valor de las cuatro redes adquiridas por el polideportivo por valor de 340 €.

—El incumplimiento relativo al apartado 3 **Tareas objeto del contrato y condiciones de su realización**, punto 3.2 Tareas del PPT y el apartado 5 **Productos, utillaje y maquinaria**, hace que se considere imponer el regreso del valor de las tres sacas de tierra batida adquiridas por el polideportivo por valor de 623,15€.

4. Debe tenerse en cuenta lo que previeron el PCAP y el PPT del contrato concreto, que debían contener las condiciones de la contratación, así como señalar los derechos y obligaciones de las partes y las pautas técnicas para la realización de la prestación y la definición de las cualidades del contrato.

Así, la letra S del cuadro de características del contrato del PCAP establece lo siguiente:



S. PENALIDADES ESPECÍFICAS PARA ESTE CONTRATO NO INCLUIDAS EN EL ARTÍCULO 212 TRLCSP

Otros:

- El incumplimiento de los horarios de prestación del servicio o de las prestaciones establecidos en los pliegos de prescripciones técnicas darán lugar a la imposición de penalidades del 1% del presupuesto del contrato, iva excluido.

La cláusula Y del PCAP en el apartado de observaciones establece que el licitador puede solicitar previamente a la presentación de la oferta, la visita de las pistas de tierra batida objeto del contrato de mantenimiento.

El punto 3 del pliego de prescripciones técnicas del contrato, relativo a las tareas del contrato y las condiciones de su realización, prevé el siguiente:

[...]

3.1 HORARIOS DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO:

- Desde el 16 de octubre hasta el 30 de abril: 1 persona diaria de lunes a sábado a razón de cuatro horas diarias, con horario de 8:00h a 10:00h y 15:30h a 17:30H.
- Desde el 1 de mayo hasta el 15 de octubre: 1 persona diaria de lunes a sábado a razón de dos horas diarias, con horario de 8:00 a 10:00 h.

3.2 TAREAS OBJETO DEL CONTRATO Y CONDICIONES DE SU REALIZACIÓN

El servicio comprende las tareas que se especifican a continuación, con la periodicidad, aportación de material para hacer las tareas, tierra, redes, etc., los horarios y el número de personal indicado, sin que esto suponga límites para hacer cualquier otra actividad necesaria para el mantenimiento de las pistas en las condiciones adecuadas para su utilización y adecuada conservación.

3.1. HORARIOS DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO:

- Desde el 16 de octubre hasta el 30 de abril: 1 persona diaria de lunes a sábado a razón de cuatro horas diarias, con horario de 8:00 h a 10:00 h y de 15:30 h a 17:30 h.
- Desde el 1 de mayo hasta el 15 de octubre: 1 persona diaria de lunes a sábado a razón de dos horas diarias, con horario de 8:00 h a 10:00 h.

[...]

- En caso de que por motivos de climatología adversa los operarios no puedan realizar sus tareas correctamente, la empresa adjudicataria lo reflejará en la hoja de información diaria y no se facturarán las horas no trabajadas.

[...]

3.2. Tareas:

- Diariamente:

[...]

Regar para mantener el grado de humedad óptimo: durante el verano se inundarán las pistas, acordando con la dirección del centro cuales serán las pistas para cerrarlas al público.



Comprobar la cantidad de tierra en pista y proceder a su reposición siempre que sea adecuada.

- Trimestralmente:

Revisión del sistema de riego y de las mangueras.
Comprobar la cantidad de tierra en pista.

- Anualmente:

Limpieza general y retirada de tierra.
[...]

Extensión de 2 capas de tierra nueva y compactación.
[...]

Dado que las pistas de tenis acaban de ser entregadas y recepcionadas, es necesario que durante los primeros meses de ejecución del contrato se proceda al fresado de la tierra para que esta pueda compactar mejor y hacer una capa más uniforme, evitando la aparición de la pastilla que se encuentra bajo la tierra.

La dirección del polideportivo Príncipes de España puede modificar estas frecuencias según la necesidad real del servicio de mantenimiento.

El punto 5 del pliego de prescripciones técnicas, relativo a los productos, utillaje y maquinaria, prevé lo siguiente:

5. PRODUCTOS, UTILLAJE Y MAQUINARIA

[... Así mismo, se llevará a cabo la aportación de material necesario, reposición de tierra, redes, etc. que se puedan echar a perder durante la ejecución del contrato, los cuales quedarán a disposición del centro una vez finalizado el contrato.

Y el punto 7 del pliego de prescripciones técnicas, relativo a la responsabilidad del contratista, prevé lo siguiente:

7. RESPONSABILIDADES DEL CONTRATISTA

El contratista es el responsable de la correcta ejecución del contrato y también de las consecuencias que se produzcan para la Administración o para terceros, de las omisiones, errores, los métodos inadecuados o las conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.

La empresa adjudicataria es responsable del deterioro de las instalaciones que ocasione su personal en la prestación del servicio que se contrata, y la reparación es a cargo suyo.

Es obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

5. La recurrente se opone a la Resolución de imposición de penalidades alegando esencialmente los motivos de oposición mencionados en el hecho 5º, los cuales se irán analizando seguidamente, contrastando los argumentos con aquello previsto en los pliegos, en el expediente de imposición de



penalidades y en la resolución impugnada. Para determinar la procedencia o no de las penalidades de acuerdo con los argumentos de la recurrente, debe comprobarse si constan acreditados los hechos objetivos que constituyen los incumplimientos, si constan descritos como penalizables y si constan fijadas las penalidades en los pliegos.

Antes de entrar a analizar los motivos del recurso, debe decirse que la recurrente no adjunta ningún documento que acredite los hechos alegados ni que desvirtúe las afirmaciones que realiza el director del Polideportivo en su informe.

- 5.1 En el primer motivo de oposición, la recurrente alega que a la empresa le ha resultado muy difícil llevar a cabo el servicio en las escasas dos horas diarias contratadas, y esto ha afectado a la calidad del servicio. Aun así, la empresa ha intentado cubrir siempre el servicio y resolver todas las incidencias.

En el informe emitido por parte del director del Polideportivo Príncipes de España de día 30 de abril de 2018 hace constar el siguiente incumplimiento:

- En el punto 3.1 Horarios del servicio de mantenimiento: Donde concreta los horarios a cumplir por parte del personal.
« Desde el 16 de octubre hasta el 30 de abril: 1 persona diaria de lunes a sábado a razón de cuatro horas diarias, con horario de 8:00 a 10:00h y de 15:30 a 17:30 h». Este horario se ha incumplido continuamente. Durante gran parte de los meses de diciembre, enero y febrero no han venido durante el turno de la tarde, lo que supone que el mantenimiento de las pistas ha sido inexistente durante muchas tardes.

Además en el informe se adjunta correo electrónico de fecha 8 de enero de 2018 donde un usuario de las pistas, aparte de comentar el mal estado de la tierra batida, comunica al director que *« sé de los días exactos que el joven de mantenimiento se encierra en el cuarto 15 y una vez pasada la hora, se va.»*

Se debe decir que la recurrente se equivoca al afirmar que las horas contratadas eran dos ya que el PPT preveía en la cláusula 3.1 cuatro horas en horario de invierno y dos en horario de verano.

El artículo 145.1 del TRLCSP disponía que las proposiciones de los interesados se han de ajustar a lo que prevé el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin excepción o reserva alguna.

Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo (por ejemplo, las sentencias de 18 de abril de 1986, de 3 de abril de 1990, de 12 de mayo de 1992, de 21 de septiembre de 1994, de 9 de febrero de 2001, de 19 de marzo de 2001, de 16 de abril de 2002, de 10 de junio de 2002, de 28 de junio de 2004 y de 26 de



diciembre de 2007) en el sentido de que los pliegos de condiciones constituyen la ley *del concurso*, de forma que tanto el órgano convocante como los participantes en la licitación deben someterse a las reglas que constan en ellos. Si no fuera así, los licitadores tendrían inseguridad jurídica, porque presentarían sus ofertas basándose en unos criterios y una forma de valoración determinada, y después verían que el procedimiento se resuelve de una manera diferente, con violación por parte de la Administración del principio de confianza legítima en su actuación, y también del principio que prohíbe ir en contra de los propios actos.

A pesar de que este precepto sólo menciona el pliego de cláusulas administrativas particulares, la exigencia que las proposiciones de los licitadores se ajusten a ellos debe extenderse al pliego de prescripciones técnicas o a los documentos contractuales de naturaleza similar.

En el expediente no consta que la empresa Melchor Mascaró, SAU, u otro licitador hayan presentado alegación alguna contra los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares.

En la Sentencia de 28 de junio de 2004 el Tribunal Supremo manifestó que:

con base en la doctrina de esta Sala que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas tienen que considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Y, dejando al margen otras consideraciones, esto se lo que ha de entenderse que viene a señalar la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo, al afirmar que los motivos del recurso referidos a la preparación del contrato administrativo constituyen alegaciones del actor extemporáneas e intrascendentes.

Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, Sentencia de 4 de noviembre de 1997, puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

Dado que la empresa Melchor Mascaró, SAU, no impugnó los pliegos de cláusulas administrativas particulares ni el de prescripciones técnicas, estos se convirtieron en *ley del concurso* a la que debían sujetarse tanto los licitadores como el órgano de contratación, sin que sea admisible su disconformidad con el contenido de los pliegos como excusa para no dar cumplimiento a las obligaciones y compromisos que asumió cuando presentó su oferta y formalizó el contrato.

Por otro lado, la recurrente no efectuó de manera previa a la presentación de la oferta una visita a las pistas de tierra batida objeto del contrato de



servicio de mantenimiento, de acuerdo con el previsto en la cláusula Y del PCAP.

Por lo tanto, este motivo de impugnación debe desestimarse.

5.2 En cuanto a la segunda alegación, la recurrente alega que hay varios incumplimientos en la Resolución impugnada que considera incorrectos.

En cualquier caso, lo que debe determinarse es si constan acreditados los hechos objetivos que constituyen los incumplimientos y que constan descritos como penalizables en los pliegos que rigen el contrato, y, así mismo, que constan fijadas las penalidades.

— En relación con el incumplimiento en la tarea de suministro de tierra, la recurrente alega que la empresa depende del stock y del proveedor, y que ha intentado tener siempre tierra de reserva, pero las condiciones climatológicas del invierno han hecho que, en un año, la empresa haya tenido que reponer 6.000 kilogramos de tierra batida, cosa que ha sobrepasado todas las previsiones.

De acuerdo con el artículo 215 del TRLCSP, la ejecución del contrato se lleva a cabo a riesgo y ventura del contratista, que es el riesgo general que asume cualquier contratista cuando ejecuta un contrato. Como manifestó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de octubre de 1983, “riesgo significa contingencia o proximidad de un daño y ventura es una palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien”. Por lo tanto, el contratista asume el riesgo que deriva de las circunstancias imprevistas que afectan el contrato o el de obtener una ganancia mayor o menor e, incluso, tener pérdidas cuando los cálculos en los que se fundamenta su oferta sean erróneos.

Así, la alegación del recurrente relativa a las condiciones climatológicas no justifica el incumplimiento en relación con esta tarea.

Cómo hemos dicho antes, el pliego de prescripciones técnicas prevé, como tarea diaria, comprobar la cantidad de tierra en pista y proceder a su reposición, siempre que sea adecuado, y, como tarea trimestral, comprobar la cantidad de tierra en pista.

El informe del director del Polideportivo Príncipes de España, relativo a los incumplimientos de la empresa, pone de manifiesto que la tarea de comprobar la cantidad de tierra en pista y reponerla siempre que sea adecuado era uno de los aspectos más importantes que la empresa incumplía, y que las pistas estaban siempre con una cantidad de tierra inferior a la necesaria. Se adjuntan al informe correos electrónicos de día 21 de agosto de



2017, 9 de enero de 2018, 25 de enero de 2018, 21 de marzo de 2018 y 26 de abril de 2018, en los cuales el director del Polideportivo comunicaba reiteradamente a la empresa la carencia de tierra en las pistas.

La dirección del polideportivo recibió, al menos dos veces, la respuesta por parte de la empresa de que se había quedado sin tierra, teniendo que esperar de una a dos semanas a que llegara, sin presentar documento alguno que acreditara aquella circunstancia. Ante ello, el polideportivo encomendó tres sacas de tierra directamente al proveedor de la empresa y tardó tres días en servir las, cosa que indica la carencia de previsión de la empresa. Por todo ello, es evidente que, si la empresa hizo la comprobación de la cantidad de tierra en pista, en todo caso no tomó las medidas correctoras.

Además, en un correo del director del polideportivo de 25 de enero de 2018 dirigido a la empresa consta que el polideportivo ha tomado las medidas para que el viento no afecte a la tierra batida de las pistas, principalmente la 7 y la 8, y que ha adquirido 12 biombos nuevos para instalarlos en los laterales y sustituir los viejos; y que han vuelto a conectar el riego por aspersión por la noche y la mañana a primera hora, y que han establecido, con el jefe de mantenimiento una previsión de viento semanal para que en caso de tener días de viento el personal de mantenimiento riegue manualmente las pistas; y que más de lo que hacen ya no pueden hacer.

De acuerdo con todo ello, las condiciones meteorológicas y los retrasos del proveedor que la recurrente alega no justifican el incumplimiento en la ejecución de una tarea que debía realizarse diariamente y trimestralmente. Así, este motivo de impugnación debe desestimarse, dado que, cómo hemos dicho antes, la aplicación de penalidades obedece a circunstancias objetivas, independientemente de la causa que las origina y de la existencia o no de culpabilidad por parte del contratista.

— En relación con el incumplimiento en la tarea de extender dos capas de tierra nueva y compactarla, la recurrente alega que se han realizado las actuaciones ordinarias y extraordinarias necesarias para mantener en buenas condiciones las instalaciones. Así, en el mes de enero, en menos de dos semanas y debido a las condiciones climatológicas adversas, la empresa ha repuesto completamente la tierra de las pistas 6 y 7 dos veces, debido a las condiciones climatológicas adversas.

El pliego de prescripciones técnicas prevé, como tarea a realizar con una periodicidad anual, extender dos capas de tierra nueva en las pistas de tenis y compactarla.

Además, el pliego de prescripciones técnicas prevé que, dado que las pistas de tenis acaban de ser entregadas y recepcionadas, es necesario que durante los



primeros meses de ejecución del contrato se proceda al fresado de la tierra para que esta pueda compactarse mejor y hacer una capa más uniforme, evitando la aparición de la pastilla que se encuentra bajo la tierra.

El informe del director del Polideportivo Príncipes de España, relativo a los incumplimientos de la empresa, pone de manifiesto que no habría necesitado realizar esta acción si el mantenimiento de las pistas se llevara al día; pero que en este caso es imprescindible y que esta acción la ha llevado a cabo el polideportivo con 3.000 kilogramos de tierra que ha adquirido, dado que los operarios de la empresa Melchor Mascaró, SAU, no lo han hecho y ha sido el personal de mantenimiento del polideportivo quien ha repartido esta tierra, principalmente en las pistas 5 y 6.

Así, de acuerdo con los hechos que se evidencian en este informe, y considerando que las condiciones meteorológicas no permiten entender justificado el incumplimiento en la ejecución de esta tarea, cuando esta se debía realizar anualmente en todas las pistas, este motivo de impugnación debe desestimarse.

— En relación con el incumplimiento en la tarea de regar para mantener el grado de humedad óptimo, el recurrente explica que en un principio el riego estaba programado y esto permitía a la empresa controlar el nivel de humedad, y no hubo ninguna incidencia en este periodo. En cambio, en el mes de febrero, la empresa y la dirección del polideportivo acordaron que el personal de mantenimiento del polideportivo se haría responsable de esta actividad, porque era complicado coordinar las horas programadas de riego con las necesidades de los usuarios. Así, la recurrente entiende que no se lo puede responsabilizar de una tarea que ahora desarrolla el propio polideportivo.

El pliego de prescripciones técnicas prevé, como tarea diaria, regar para mantener el grado de humedad óptimo, y como tarea trimestral revisar el sistema de riego.

El informe del director del Polideportivo Príncipes de España, relativo a los incumplimientos de la empresa, pone de manifiesto que la mayor parte de los días no se regaban las pistas y que cuando se hacía solo se regaban las pistas 7 y 8, quedando las pistas 5 y 6 totalmente secas, y debido a esto estas dos pistas se encuentran casi sin tierra porque el viento se la lleva, y esto hace que las líneas queden por encima del nivel de la tierra y sea muy peligroso jugar. Además, ya que la tierra no llega a asentarse por carencia de riego, la pastilla de las capas inferiores sale continuamente a la superficie, teniendo las pistas una gran cantidad de pastilla que contamina la tierra.



Además, en relación con la revisión del sistema de riego, este informe indica que el sistema de riego solo se revisó después de su instalación y que parte de los aspersores están malogrados y siempre riegan en el mismo sitio, provocando charcos y agujeros en las pistas; y que el personal del polideportivo sustituirá los aspersores rotos y los temporizadores según las necesidades de las pistas.

La recurrente alega que el mes de febrero la empresa y la dirección del polideportivo acordaron que el personal de mantenimiento del polideportivo se haría responsable de esta actividad, pero no aporta ningún documento que acredite esta afirmación y, por lo tanto, no desvirtúa lo que manifiesta el director del polideportivo en su informe sobre el incumplimiento de esta tarea.

Hay que decir que, si bien es cierto que en el correo electrónico que el director del polideportivo dirigió a la empresa el 25 de enero consta que el polideportivo ha vuelto a conectar el riego por aspersión por la noche y la mañana a primera hora, y se ha establecido con el jefe de mantenimiento una previsión de viento semanal, para que en caso de tener días de viento el personal de mantenimiento riegue manualmente las pistas; esto no evidencia que se haya eximido a la empresa de realizar las tareas de riego que le corresponden.

Por eso, este motivo de impugnación debe desestimarse.

- 5.3 En cuanto a la cuantificación de los incumplimientos penalizables que han dado lugar a la imposición de la penalidad, es la cláusula S del PCAP la que, entre otras, prevé que el incumplimiento de las prestaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas darán lugar a la imposición de penalidades del 1 % del presupuesto del contrato, IVA excluido.

Una vez revisada esta cuantificación, llevada a cabo por el órgano de contratación, se observa que las penalidades impuestas por los incumplimientos indicados en su punto 1 y 2 de la resolución de imposición de penalidades de la consejera de Cultura, Participación y Deportes de día 6 de junio de 2018, son correctos de conformidad con lo dispuesto a la cláusula S del pliego de cláusulas administrativas relativa a las penalidades específicas y que se cuantifican con un importe de 246,14 euros cada uno, y por lo tanto un total de 492,28 euros.

En cuanto a los incumplimientos indicados en su punto 3 y 4 de la resolución antes mencionada y de acuerdo con la cláusula 7 del PPT, el contratista es el responsable de la correcta ejecución del contrato y también de las consecuencias que se produzcan para la Administración, en este caso un gasto ocasionado por el incumplimiento del contratista de la obligación establecida



en el apartado quinto del pliego de prescripciones técnicas, de aportación del material necesario que se puedan echar a perder durante la ejecución del contrato. Así, el importe que se fija es, por el retorno del valor de cuatro redes (340 euros) y el retorno del valor de tres sacas de tierra (623,15 euros) y se hace en función del coste de adquisición del bien por parte de la Administración que ejecuta subsidiariamente la prestación contratada y le genera un gasto que traslada al adjudicatario.

Por lo tanto, debe desestimarse la pretensión del recurrente de revisar la cuantía de las penalidades impuestas.

Por todo esto, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Melchor Mascaró, SAU, contra la Resolución de la consejera de Cultura, Participación y Deportes por la cual se impone una penalidad a la empresa por incumplimiento del contrato de servicios de mantenimiento de las pistas de tierra batida del Polideportivo Príncipes de España.
2. Notificar este Acuerdo a Melchor Mascaró, SAU, y a la Consejería de Cultura, Participación y Deportes

Interposición de recursos

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