

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 19 de octubre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Samyl Facility Services, S.L., contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato “Servicio de limpieza y cristalería en los Centros dependientes del Organismo Autónomo ‘Madrid Salud’ (2 lotes)”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fechas 18 y 20 de septiembre de 2023 se publicó, respectivamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 10.014.751,50 euros y un plazo de ejecución de 2 años.

Segundo.- El 9 de octubre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por Samyl Facility Services,

S.L. (en adelante SAMYL), contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de referencia.

Tercero.- El 16 de octubre de 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso se ha presentado por una empresa que es potencial licitadora que manifiesta su intención de presentar oferta a la licitación con posterioridad a la presentación del presente recurso, por lo que está legitimada en base a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 5 de octubre de 2023, e interpuesto el recurso el 9

del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar a conocer sobre el fondo del recurso, resulta de interés transcribir la cláusula 42, apartado 27 del anexo I.B del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) objeto de controversia:

“27.- Penalidades. (Cláusulas 11, 35, 39, 42, 45 y 47):

a) Por demora: De conformidad con lo establecido en el artículo 193 de la LCSP.

(Este apartado es común para ambos lotes que componen el expediente, por lo que se hace una remisión en el lote 2, a este apartado, respecto de la penalidad por demora.*

b) Por incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso: De conformidad con lo establecido en el artículo 192 de la LCSP.

b.1) Por cumplimiento defectuoso:

Procede: SI

Serán incumplimientos graves en el desarrollo de la prestación:

- La no aportación o aportación fuera del plazo establecido, del calendario de trabajos señalado en el apartado 3.1 del PPT, así como el incumplimiento del mismo.

- La falta de puntualidad en la prestación, que ocasione perjuicio o distorsión en el servicio o el incumplimiento de los horarios o turnos establecidos o la falta de puntualidad reiterada en cualquiera de los centros objeto del servicio por cualquiera de las categorías del contrato.

- La falta, en cómputo mensual, de 10 o más horas de servicio (hasta un máximo de 20 horas), por causa imputable a la entidad adjudicataria y fuera del

supuesto de huelga y de las circunstancias imprevistas o no programables, que serán objeto de compensación.

- No disponer, la totalidad del personal afecto a la ejecución de los trabajos, de la correspondiente identificación como personal de la empresa contratista, independiente del personal municipal, según lo determinado en el PPT (Apartado 2.4).

(...)

PENALIDADES PARA LOS INCUMPLIMIENTOS SEÑALADOS EN LÍNEAS SUPERIORES.

- La comisión de incumplimiento grave podrá da lugar, previo expediente instruido al efecto, con audiencia de la entidad contratante, a la imposición de penalidad pecuniaria de hasta el 5% del precio del contrato (IVA excluido).

- La comisión de cualquier incumplimiento muy grave podrá dar lugar, previo expediente instruido al efecto, y con audiencia del contratista, a la imposición de penalidad superior al 5% y hasta un máximo del 10% del precio del contrato (IVA excluido), o a la resolución del contrato, instando una posterior inhabilitación, en su caso”.

El recurso se fundamenta en que las penalidades contenidas en la cláusula citada le impiden licitar en condiciones de igualdad respecto a otras licitadoras con mayor solvencia y capacidad económica, debido a los graves perjuicios que acarrearía el hecho de asumir, de resultar adjudicataria, las penalidades contempladas en el mismo.

En concreto se centra en el incumplimiento referente a la falta de puntualidad en la prestación, que ocasione perjuicio o distorsión en el servicio o el incumplimiento de los horarios o turnos establecidos o la falta de puntualidad reiterada en cualquiera de los centros objeto del servicio por cualquiera de las categorías del contrato, considerada incumplimiento grave a la que se aplica una penalidad de hasta el 5% del precio del contrato.

A su juicio, la tipificación de esta cuestión como un incumplimiento grave, es desproporcionada e incongruente, además de suponer un flagrante error en la interpretación que realiza el órgano de contratación del concepto de penalidad y su figura jurídica.

Alude al Convenio Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Madrid - convenio laboral aplicable en el contrato que nos ocupa- en su artículo 50.1.a), lo siguiente:

“1.- Faltas leves.

Se considerarán faltas leves las siguientes:

a) Tres faltas injustificadas de puntualidad por un tiempo superior a cinco minutos cada una, en la asistencia al trabajo dentro de un período de treinta días”.

Considera incongruente y desproporcionado que una cuestión que es objeto en materia laboral de sanción únicamente si el trabajador incurre en ella en tres ocasiones (injustificadas), y además, de carácter leve, sea susceptible en el Pliego de infracción grave para la empresa contratista, y objeto de una penalidad de tan elevado importe. Además la Administración ni si quiera distingue entre justificada o injustificada, ni hace alusión al perjuicio causado, y por tanto, a las consecuencias del incumplimiento.

Añade que la jurisprudencia es unánime cuando determina que la penalidad debe ser proporcional al daño causado por la infracción, y ser directamente imputable al contratista, no pudiendo existir una desproporción tan patente como la que en el presente supuesto se aprecia en comparativa con el beneficio obtenido por la contratista. Además, el órgano de contratación no ofrece la posibilidad de que la futura contratista rectifique en caso de incumplimiento. Circunstancia esta que deja constancia del flagrante error en la interpretación que realiza esta Administración del concepto de penalidad y su figura jurídica, ya que las penalidades no son sanciones en el sentido estricto, sino que constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que el contrato vigente, adjudicado en sus dos lotes a SAMYL, finaliza su vigencia el 31 de diciembre de 2023, con una posibilidad de prórroga por 3 años, que sería obligatoria para el contratista, si bien Madrid Salud no tiene intención de aprobar dicha prórroga, razón por la cual se encuentra en licitación el nuevo contrato, cuyo PCAP recurre la empresa.

Añade, “Esta Resolución de imposición de penalidades, de abril de 2023, que no ha sido recurrida posteriormente por la empresa, se debió a un incumplimiento, por parte de la entidad recurrente, de la práctica totalidad de las obligaciones contractuales del servicio, significándose que el régimen de penalidades que contempla el contrato actualmente vigente, adjudicado a SAMYL S.L. en ambos lotes, es el mismo que el que se ha recogido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del nuevo expediente, que ahora SAMYL S.L. impugna, considerando SAMYL S.L. que los incumplimientos que pueden ser objeto de penalización en el nuevo contrato, idénticos en el nuevo contrato a los del contrato vigente, están penalizados de forma desproporcionada y con penalidades contrarias a la normativa contractual, solicitando su eliminación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, lo que revela un mero interés torticero de la empresa recurrente, que ahora impugna las penalidades que anteriormente aceptó sin ningún problema, una vez se le han aplicado, con motivo de sus incumplimientos contractuales en el contrato vigente, considerándose evidente la mala fe de la empresa en la interposición de su recurso, en el que se contempla, únicamente, la manifestación de una futurible posible intención de reincidencia en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, en caso de ser nuevamente adjudicataria del servicio, de forma que pueda evitar que dichos incumplimientos, que ha protagonizado en el actual contrato, tengan repercusión económica en la empresa, o conseguir que dicha repercusión sea mínima”.

A su juicio resultan sorprendentes las afirmaciones de SAMYL, referidas a que se ha visto impedida de participar en el procedimiento de contratación en base a las restricciones introducidas, así como que el régimen de penalidades del contrato le

impide participar en condiciones de igualdad con los demás licitadores, afirmaciones que resultan absurdas, dado que el régimen de penalidades señalado es idéntico al del contrato actual, aceptado por la empresa al suscribir el contrato vigente, y que no le impidió presentar su oferta en su día, sin que manifestara ningún problema al presentar la misma, relativa al contrato en vigor, significándose que, a fecha de hoy, sin haber acabado el plazo de presentación de ofertas del nuevo expediente, ya constan en PLACSP las proposiciones de 6 entidades licitadoras, sin que se haya denunciado ningún problema para la participación o concurrencia al expediente por ninguna otra entidad, lo que demuestra la completa legalidad de las cláusulas incluidas en el PCAP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 122 de la LCSP:

“3. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el apartado 1 del artículo 192, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma, en especial cuando se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en la letra f) del apartado 1 del artículo 211. Asimismo, para los casos de incumplimiento de lo prevenido en los artículos 130 y 201”.

El artículo 192 LCSP establece lo siguiente: *“Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.*

1. Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser

superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

2- Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”.

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, responden a un incumplimiento obligacional, de tal manera que se enmarcan en los poderes de dirección, inspección y control del órgano de contratación en garantía del interés público.

La STS de 21 de mayo de 2019 relativa a la finalidad de las penalidades señala:

“Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio. [...], cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar”.

De las alegaciones de las partes, procede destacar que el recurrente plantea un recurso contra los pliegos por la regulación de las penalidades, cuando en el contrato todavía vigente del que fue adjudicatario, los pliegos contenían idéntica regulación, que ha servido de base para la imposición de diversas penalidades por incumplimientos graves y muy graves. Esta circunstancia trasluce la preocupación de

la recurrente más que por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por las consecuencias de su incumplimiento, apelando formalmente a su desproporcionalidad, que sin embargo no fue considerada por el propio recurrente en los pliegos del contrato vigente.

Centra especialmente sus críticas en la consideración como incumplimiento grave la falta de puntualidad en la prestación, que ocasione perjuicio o distorsión en el servicio o el incumplimiento de los horarios o turnos establecidos o la falta de puntualidad reiterada en cualquiera de los centros objeto del servicio por cualquiera de las categorías del contrato.

La desproporcionalidad de estas penalidades contempladas en el pliego la fundamenta en su comparativa con las faltas cometidas por los trabajadores de acuerdo con el convenio colectivo vigente, sin comprender este Tribunal la relación que puede tener uno y otro.

Como señala el órgano de contratación, cláusula 42 del PCAP, impugnada por el reclamante refleja únicamente las exigencias legales de la LCSP, que se han trasladado al PCAP, aplicando este documento los límites económicos legales en la imposición de penalidades que señala el artículo 192 LCSP, esto es, que ninguna de las posibles penalidades a imponer, en su caso, podrá ser superior al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas podrá superar el 50 por cien del precio del contrato, límites que se respetan escrupulosamente en el Apartado 27 del anexo I del PCAP, en el cual se recogen expresamente los mismos, modulando su aplicación para los incumplimientos graves y muy graves recogidos en dicho Apartado, sin que puedan considerarse que son abusivos o no ajustados a Derecho, ya que los incumplimientos graves se penalizan hasta un 5% del precio del contrato y los muy graves superior entre el 5% y hasta el 10%, con el límite total del 50% del precio del contrato, ajustándose este régimen, en su totalidad, a las exigencias de la LCSP y a los límites máximos establecidos legalmente.

Respecto de los incumplimientos incluidos en el régimen de penalidades, de los cuales la recurrente solicita su nulidad, al señalarlos como desproporcionados, incongruentes y ajenos a la legalidad, del punto b.1) del Apartado 27 del Anexo I del PCAP, hay que destacar, como señala el órgano de contratación, que el presente servicio se ejecuta en 35 inmuebles, en los cuales se prestan servicios sanitarios y socio sanitarios, tanto a la población general del municipio de Madrid como a población especialmente vulnerable, en la que se incluye el colectivo de personas con adicciones (muchos de ellos con enfermedades añadidas a su adicción), menores, de los programas materno infantiles y los destinados a adolescentes y jóvenes, mujeres en riesgo, población en control de tuberculosis y población mayor con problemas de deterioro cognitivo, entre otros, siendo imprescindible, dados los servicios que presta el Organismo Autónomo, que los centros objeto del servicio presenten el mayor estado de higiene y limpieza, siendo frecuente en este tipo de contratos, el incumplimiento de las horas exigidas diarias de servicio, por múltiples razones, entre las cuales se incluyen, no solo las bajas imprevistas del personal que las empresas adscriben al servicio, sino la falta de diligencia de las empresas en la cobertura de las bajas programadas y comunicadas con antelación (vacaciones del personal, días libres, actividades sindicales etc.), siendo muy frecuente la falta acumulada de horas de servicio a lo largo del mes por estas últimas causas, circunstancia que genera una situación constante de insalubridad en los centros socio sanitarios de Madrid Salud, que denuncian, tanto los propios centros como los usuarios de los mismos, lo que produce un impacto grave sobre las prestaciones sanitarias y asistenciales, con la consiguiente repercusión negativa en la salud de los usuarios y en la imagen de Madrid Salud, que produce la falta de higiene, siendo inaceptable que los centros sanitarios y socio sanitarios ofrezcan una deficiente limpieza e higiene, motivada por los incumplimientos de las empresas, que se han comprobado con la experiencia que aportan los sucesivos contratos de este servicio, que está calificado como esencial para la correcta ejecución de nuestras competencias.

Por otro lado, la desproporcionalidad alegada por la recurrente no puede apreciarse de forma apriorística, ya que se prevé en los pliegos que la comisión de

incumplimiento grave podrá da lugar, previo expediente instruido al efecto, con audiencia de la entidad contratante, a la imposición de penalidad pecuniaria de hasta el 5% del precio del contrato (IVA excluido). Es decir, la penalidad impuesta podría ir del 0,1 al 5%. De hecho, en las penalidades impuestas a la recurrente por incumplimientos graves en el vigente contrato se ha aplicado el 1% del precio del contrato.

Por todo lo anterior, no se aprecia desproporcionalidad en la cláusula objeto de recurso, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Sexto.- Al haberse dictado resolución no procede pronunciamiento sobre la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Samyl Facility Services, S.L., contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato “Servicio de limpieza y cristalería en los Centros dependientes del Organismo Autónomo ‘Madrid Salud’ (2 lotes)”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.