RESOLUCIÓN DE IMPOSICIÓN DE PENALIDADES

TÍTULO: Lote 2 "Bahía de Cádiz" del del Contrato de servicios de monitores de comedor escolar en los centros docentes públicos con comedor de gestión directa de la provincia de Cádiz, para los meses de febrero a junio de 2021.

EXPEDIENTE: LOTE 2021/47 (CONTR 2020/719871)

OBJETO: El desempeño de las tareas de atención al alumnado en los comedores escolares de gestión directa situados en los centros docentes públicos de la zona "Bahía de Cádiz" durante el curso escolar 2021-2022.

DURACIÓN DEL CONTRATO: Del 1 de febrero al 22 de junio de 2021.

FORMA DE CONTRATACIÓN: Procedimiento abierto con licitación electrónica.

PRECIO MÁXIMO: 55.087,65 €

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 19 de octubre de 2020 se acuerda mediante Resolución del Delegado Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Cádiz, el inicio del expediente de contratación CONTR 2020/719871, cuyo objeto consiste en el desempeño de las tareas de atención al alumnado en los comedores escolares de gestión directa situados en los centros docentes públicos de la provincia de Cádiz, para el período comprendido entre el 1 de febrero y el 22 de junio de 2021.

SEGUNDO. Con fecha 4 de diciembre de 2020 se aprueba por el citado órgano de contratación el expediente de contratación, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares que han de regir la contratación y el gasto correspondiente, procediéndose a la apertura de un procedimiento abierto para la adjudicación del contrato.

TERCERO. Dicho procedimiento culminaría con la Resolución de 8 de enero de 2021 por la que se adjudica

- El Lote 1 "Zona Costa Noroeste" a OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. por un precio unitario por hora de servicio de ONCE EUROS CON TREINTA Y SIETE CÉNTIMOS (11,37 €).
- El Lote 2 "Zona Bahía de Cádiz" a OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. por un precio unitario por hora de servicio de ONCE EUROS CON TREINTA Y SIETE CÉNTIMOS (11,37 €).
- El Lote 3 "Zona Campiña de Jerez" a DEPORSA SERVICIOS Y ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DEPORTIVAS S.L. por un precio unitario por hora de servicio de DIEZ EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (10,80 €).
- El Lote 4 "Zona Sierra de Cádiz" a ACTCOM SERVICIOS S.L. por un precio unitario por hora de servicio de ONCE EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (11,10 €).
- El Lote 5 "Zona Campo de Gibraltar" a DEPORSA SERVICIOS Y ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DEPORTIVAS S.L. por un precio unitario por hora de servicio de DIEZ EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (10,80 €).

CUARTO. El día 1 de febrero se formalizó en documento administrativo suscrito por el Delegado Territorial (en nombre de la Junta de Andalucía) y por RAQUEL TOJA GÓMEZ (en representación de la empresa OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L.) el contrato cuyo objeto consiste en la prestación del "servicio de monitores de comedor escolar en los centros docentes públicos con comedores de gestión directa de la provincia de Cádiz

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 1 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

situados en la zona Bahía de Cádiz" (correspondiente al lote 2 del contrato licitado).

QUINTO. Dentro del mismo se encuentran recogidos los siguientes compromisos en materia de formación a los que se obliga OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L.:

1. El compromiso de impartir sin coste alguno para la Administración una o varias sesiones formativas específicas sobre "normas de prevención ante el COVID-19" destinadas al personal usuario del servicio de comedor y a sus padres o tutores legales, así como al personal docente y directivo del centro.

   Dicha formación deberá impartirse durante la primera quincena del mes de febrero de 2021, tendrá una duración mínima de 4 horas y su objeto será formar a sus destinatarios sobre los riesgos en caso de infección, protocolos de actuación, medidas de prevención y formas de transmisión en el ámbito escolar.
2. El compromiso de impartir sin coste alguno para la Administración una o varias sesiones formativas específicas sobre "alergias e intolerancias alimentarias" destinadas al personal encargado de ejecutar la prestación, así como al personal docente y directivo del centro.

   Dicha formación deberá impartirse durante durante la primera quincena del mes de marzo de 2021, tendrá una duración mínima de 4 horas y su objeto será formar a sus destinatarios sobre los riesgos derivados de alergias e intolerancias alimentarias de cara a la prevención de futuros problemas y a una mejor y más rápida atención del alumnado afectado.
3. El compromiso de impartir sin coste alguno para la Administración una o varias sesiones formativas específicas sobre "primeros auxilios" destinadas al personal encargado de ejecutar la prestación, así como al personal docente y directivo del centro.

   Dicha formación deberá impartirse durante la primera quincena del mes de abril de 2021, tendrá una duración mínima de 4 horas y su objeto será formar a sus destinatarios sobre los riesgos específicos relacionados con las tareas de monitor de ocio educativo y su prevención, así como acerca de cómo actuar en el supuesto de accidentes escolares.
4. El compromiso de impartir sin coste alguno para la Administración una o varias sesiones formativas específicas sobre "alimentación de niños y jóvenes" destinadas al personal usuario del servicio de comedor y a sus padres o tutores legales, así como al personal docente y directivo del centro.

   Dicha formación deberá impartirse por un especialista en nutrición durante la primera quincena del mes de mayo de 2021, tendrá una duración mínima de 4 horas y su objeto será informar a sus destinatarios sobre las medidas para conseguir una alimentación sana y saludable, así como sobre los trastornos de la conducta alimentaria.
5. El compromiso de elaborar sin coste alguno para la Administración una guía de prácticas correctas de higiene, hábitos y habilidades en el comedor escolar dirigidas al alumnado usuario del mismo y a los padres, madres y tutores, elaborada de conformidad con la normativa aplicable, debiendo difundirla entre el alumnado usuario del comedor y los padres, madres y tutores durante el mes de mayo de 2021.
6. El compromiso de realizar durante la ejecución del contrato, sin coste alguno para la Administración, la programación de actividades que permitan aumentar el desarrollo de la autonomía personal, actitudes y hábitos saludables, destinadas a fomentar la participación, cooperación y respeto de las normas sociales de convivencia, evitando la discriminación de cualquier tipo y disfrutando de su realización.

   El representante legal de la empresa debe presentar la programación a la Dirección del Centro para su visto bueno antes del 30 de marzo de 2021.

SEXTO. La ejecución se inició sin demora conforme al plazo establecido en el PCAP y en el contrato administrativo formalizado, es decir, el 1 de febrero de 2021.

SÉPTIMO. A la vista del incumplimiento sucesivo de los plazos de realización de los compromisos en materia de formación, por los servicios técnicos de la Delegación Territorial se efectuaron múltiples avisos y requerimientos

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 2 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

a la empresa contratista (tanto telefónicos como por medio de correo electrónico) para garantizar la ejecución de los mismos. No obstante, atendiendo a las complicadas circunstancias existentes derivadas de la situación sanitaria con motivo del COVID-19, se les amplía el plazo de realización de las mismas, con la advertencia que TODOS los compromisos deberán llevarse a cabo ANTES de la finalización del curso escolar (día 22 de junio).

OCTAVO. Tras el último requerimiento de justificación de la realización de las actividades de formación realizado el día 19 de agosto de 2021, la empresa contratista reconoce los incumplimientos y manifiesta que no ha podido llevarlas a cabo debido a la situación sanitaria existente, solicitando la posibilidad de ejecutar dichas mejoras al inicio del curso escolar (2021/2022) una vez controlada la quinta ola de la pandemia.

NOVENO. A la vista de los antecedentes anteriores se dicta el 24 de septiembre de 2021 acuerdo del Jefe del Servicio de Administración General y Gestión Económica de la Delegación Territorial, por el que se propone la imposición a OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. de penalidades por incumplimiento del contrato en cuantía total equivalente a DIEZ MIL DOSCIENTOS QUINCE EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (10.215,95€).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La principal normativa de aplicación está constituida por:

- 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.
- El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.
- El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.
- La Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.
- La Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y Garantía de los Derechos Digitales.
- El Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados.
- La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- La sentencia STS 1689/2019, de 21 de mayo, del Tribunal Supremo.

SEGUNDO. El Delegado Territorial de Educación y Deporte en Cádiz es competente para ejercer todas las facultades que la Ley 9/2017 de Contratos del Sector público atribuye al órgano de contratación, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 342/2012, de 31 de julio, por el que se regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía y en la Orden de 7 de noviembre de 2019, por la que se delegan competencias en diversos órganos de la Consejería.

TERCERO. El Tribunal Supremo en su sentencia STS 1689/2019, de 21 de mayo, concluye que la imposición de penalidades en los contratos del sector público constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución de los contratos, por lo que que no hay que tramitar un procedimiento específico y autónomo para imponer estas penalidades al tratarse de medidas accesorias de carácter coercitivo. No obstante, añade que debe existir una tramitación mínima en la que se efectúe una propuesta de imposición de

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 3 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Junta de Andalucía

penalidades, con apertura de un trámite de audiencia y posterior resolución del órgano de contratación de forma que se evite la indefensión de los presuntos infractores.

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 4 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Junta de Andalucía

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Una vez notificada a la empresa contratista la propuesta de imposición de penalidades y abierto el preceptivo trámite de audiencia, OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. presenta escrito con sus alegaciones, que se transcribe a continuación:

A LA DELEGACIÓN TERRITORIAL EN CÁDIZ, CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE, JUNTA DE ANDALUCÍA

RAQUEL TOJA GÓMEZ, con DNI nº32830627J, actuando en nombre y representación de OSVENTOS INNOVACIÓN EN SERVIZOS, SL., con CIF B70493275, conforme consta acreditado en este expediente, con domicilio para notificaciones en r/República Checa, 40, Polígono Costa Vella, Santiago de Compostela, ante esta Delegación Territorial comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

1.- Con fecha 24 de septiembre de 2021, se notifica a esta parte Propuesta de imposición de penalidades, relativa al Lote 2 "Zona Bahía de Cádiz" del Contrato de servicios de monitores de comedor escolar en los centros docentes públicos con comedor de gestión directa de la provincia de Cádiz, para los meses de febrero a junio de 2021, Expediente LOTE 2021/47 (CONTR 2020/719871), por incumplimiento de los compromisos en materia de formación, acordando apertura de un plazo de cinco días hábiles de audiencia. Se acompaña como documento nº1 copia de resolución.

2.- En consecuencia, por medio del presente escrito formulo, en tempo y forma, esta parte formula las siguientes ALEGACIONES

ÚNICA.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. INCUMPLIMIENTO DE CARÁCTER LEVE

1.- El principio de proporcionalidad impone a la administración la obligación de ponderar, en la imposición de la penalidad, la gravedad del incumplimiento y sus consecuencias materiales efectivas, por todas, STS 3177/2005, de 18 de mayo, FJ 6. Ello, en la medida en que convierte en una exigencia ineludible para adopción de medidas respecto de los cumplimientos defectuosos de la prestación principal prevista en el 192.1 LCSP.

Para esta ponderación, entonces, habrá de tenerse en cuenta, por todas, SSTS 1978/2002, de 20 de marzo, y 5110/2012, de 27 de junio, la entidad del propio incumplimiento, los daños derivados del incumplimiento, el grado de negligencia del contratista, la responsabilidad que pudiese tener la propia Administración en el incumplimiento y la existencia de hechos ajenos a la voluntad o al dominio del contratista que, aun no pudiéndoseles considerar fuerza mayor o caso fortuito, influyeran en el incumplimiento del contratista

De este modo, la penalidad impuesta debe de ser modera en función de la entidad material y efectiva de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato.

2.- En el presente caso la Administración ha optado por proponer la más gravosa de las penalidades previstas en el PCAP por los incumplimientos de OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. en materia de formación: "Una penalidad equivalente al 15% del presupuesto mensual del contrato (IVA excluido), cuando el incumplimiento tuviera el carácter de muy grave". Y ampara esta propuesta en:

• Los numerosos requerimientos a OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L.

• El incumplimiento total de los compromisos en materia de formación.

• En el carácter esencial de los mismos en el contrato.

• La valoración de estos compromisos para la adjudicación del contrato.

3.- A juicio de esta parte la calificación como "muy grave" de los incumplimientos señalados es desproporcionada, carece de justificación suficiente y obvia en la adopción de esta calificación elementos substanciales de ponderación:

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 5 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

3.1.- La situación sanitaria

Entendemos que la gravedad de la emergencia sanitaria, expresamente reconocida por la Administración, no ha sido considerada en toda su gravedad, intensidad y repercusión en la imposibilidad material para la realización de las actividades formativas (charlas, coloquios, exposición, jornadas, etc). En este sentido, la situación sanitaria y las medidas adoptadas por las distintas administraciones contra el covid19 han constituido un obstáculo de fuerza mayor para que OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. pudiese realizar dichas actividades, respecto de la organización material de los actos, como para la disposición del personal necesario.

En suma, la situación sanitaria excepcional ha sido la causa principal de los incumplimientos y debe ser ponderada en toda su intensidad.

3.2.- Buena de fe del contratista

La Administración reconoce la buena fe de OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L., quien en todo momento ha intentado realizar los compromisos adquiridos, informando de modo puntual a la administración y tratando de buscar la mejor solución posible, en un contexto de restricciones y medidas que impedía su ejecución. No obstante, este hecho indiscutible, de nuevo, no es adecuadamente ponderado por la Administración, quien, a pesar de ello, opta por imponer la pena más grave posible, equiparando, de facto, la actitud mostrada por la empresa con una actitud dolosa o negligente que no se ajusta a la realidad.

Por ello, entendemos que la buena fe debe ser ponderada adecuadamente en la propuesta de penal, sin que pueda desprenderse de ésta la pena máxima.

3.3.- No reincidencia

Si bien en la propuesta de imposición de penalidades se afirma que OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. es reincidente, esto no se ajusta tampoco a la realidad. Existe un único incumplimiento respecto de los compromisos adquiridos como resultado de una única causa (las restricciones sanitarias). No se pueden confundir dos hechos distintos, aunque relacionados, con consecuencias jurídicas diferentes. Por un lado, efectivamente la Administración realiza distintos requerimientos para la ejecución de los compromisos de formación, a los que la empresa intenta dar respuesta en función de las posibilidades materiales para su realización. Y, por otro lado, tenemos la causa del incumplimiento, que es única para todos los requerimientos y se mantiene en el tiempo de forma ajena a la voluntad y posibilidades de la empresa: las restricciones sanitarias.

En consecuencia, no cabe apreciar reincidencia en el presente caso, haciendo un uso tan elástico de dicho concepto como antijurídico.

3.4.- Imposibilidad material de realización de los compromisos

Como se desprende de lo señalado, el contexto de restricciones sanitarias y sus efectos en las limitaciones para la realización de los compromisos son ajenas a OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. Dicho de otra forma, esta realidad es independiente de la empresa que resultara adjudicataria, y del tipo y contenido de las propuestas concretas de formación realizadas por ésta. Es decir, el resultado sería siempre el mismo: imposibilidad material de realización de los compromisos.

Por ello, entendemos que es imprescindible que este hecho, crucial, tiene que ser considerado a efectos de ponderación en la propuesta de penalidad.

3.5.- Los compromisos formativos no son parte sustancial del objeto del contrato

Por último, esta parte discrepa de la interpretación realizada por la Administración respecto del carácter y naturaleza de los compromisos de formación. La discrepancia se basa en la confusión, interesada, que la Administración realizada entre a) la relevancia a efectos de valoración o puntuación en la adjudicación del contrato de las diferentes ofertas formativas de las empresas concursantes y, b) la naturaleza substancialmente

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 6 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

constitutiva del objeto del contrato de la oferta formativa en el contrato de monitores de comedor escolar. A juicio de esta parte, las actividades formativas no forman parte constitutiva del objeto de contrato, sino que son auxiliares al mismo, sin perjuicio de la relevancia a efectos de valoración en la adjudicación.

Por tanto, no siendo parte substancial de objeto del contrato, los incumplimientos de estos compromisos tampoco son incumplimientos sustantivos del mismo, debiendo, así, ponderarse esta circunstancia en la imposición de la penalidad.

4.- En conclusión, la penalidad propuesta por la Administración es completamente desproporcionada en atención a la entidad del propio incumplimiento, los daños derivados del incumplimiento, el grado de negligencia del contratista, la responsabilidad que pudiese tener la propia Administración en el incumplimiento y la existencia de hechos ajenos a la voluntad del contratista, que se constatan en la situación sanitaria, la buena fe de la empresa, la no reincidencia, la imposibilidad de realización por fuerza mayor y ajena a la empresa y la relevancia del incumplimiento respecto del objeto del contrato.

Por todo ello, entendemos que la penalidad, proporcionada y ponderada a la vista de los hechos y circunstancias descritas, sería la penalidad de carácter leve prevista en los PCAP: Una penalidad equivalente al 5% del presupuesto mensual del contrato (IVA excluido), cuando el nincumplimiento tuviera el carácter de leve.

Por lo expuesto, ante esta Delegación Territorial,

SOLICITO que tenga por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; y tenga por formuladas las anteriores ALEGACIONES contra la Propuesta de imposición de penalidades notificada el 24 de septiembre de 2021 (documento nº1); y, previos trámites de oportuna aplicación, dicte resolución por la que acuerde imponer una penalidad de carácter leve conforme a lo expuesto en el cuerpo de este escrito.

En Santiago de Compostela, a 28 de septiembre de 2021.

Fdo. Raquel Toja Gómez

Señala el artículo 211 de la Ley de Contratos del Sector Público que:

1. Son causas de resolución del contrato:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 7 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

A estos efectos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige este contrato se incluyen las siguientes disposiciones:

(1) Calificación del cumplimiento como obligación esencial (pag. 58).

El cumplimiento de los compromisos a los que se obligue la persona licitadora se considera una obligación esencial a efectos del artículo 211 de la LCSP.

(2) Enumeración de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos (pag.48).

"Será causa de resolución del presente contrato el incumplimiento por parte del contratista de los compromisos a que se obligue relativos a la realización de cualquiera de las actividades de formación evaluables mediante la aplicación de fórmulas (incluidas la elaboración de guías y la realización de actividades de desarrollo de la autonomía personal, actitudes y hábitos saludables), cuando el órgano de contratación opte por ello teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

En el caso que nos afecta la empresa OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. ha incumplido TODOS los compromisos en materia de formación a los que se comprometió al suscribir el contrato correspondientes al lote 2 "Zona Bahía de Cádiz".

En las alegaciones formuladas por la persona contratista se reconocen los incumplimientos formulados en la propuesta de imposición de penalidades, centrándose el escrito en la calificación de los mismos atendiendo al principio de proporcionalidad que rige las actuaciones de las Administraciones Públicas en este tipo de procedimientos.

En primer lugar se debe hacer constar que, de acuerdo con lo previsto en los Pliegos que rigen este contrato
"El carácter leve, grave o muy grave del cumplimiento defectuoso será determinado por el órgano de contratación en su acuerdo, atendiendo a la entidad económica del incumplimiento, a los perjuicios causados a los distintos centros objeto del servicio, tanto a su personal, como al público o al mobiliario y enseres, a la reiteración de los requerimientos realizados a la adjudicataria, así como a la reincidencia."

A este respecto se pronuncian las sentencias SSTS 1978/2002, de 20 de marzo, y 5110/2012, de 27 de junio, al señalar que
"En la imposición de la penalidad deberá ponderarse la entidad del propio incumplimiento, los daños derivados del incumplimiento, el grado de negligencia del contratista, la responsabilidad que pudiese tener la propia Administración en el incumplimiento y la existencia de hechos ajenos a la voluntad o al dominio del contratista que, aun no pudiéndoseles considerar fuerza mayor o caso fortuito, influyeran en el incumplimiento del contratista."

La persona contratista solicita la calificación de los incumplimientos como leves, motivando su petición en una presunta carencia de justificación suficiente al entender que la Administración ha obviado en su propuesta los siguientes elementos: la situación sanitaria, la buena fe del contratista, la no reincidencia, la imposibilidad material de realización de los compromisos y la relativa importancia de los compromisos formativos (se alega que no son parte sustancial del objeto del contrato).

Y a dichos elementos nos vamos a referir a continuación para justificar la calificación adoptada.

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 8 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

1) La situación sanitaria y la posibilidad de cumplir con los compromisos adquiridos.

Este órgano de contratación ha tenido en cuenta a la hora de valorar el cumplimiento de los compromisos formativos la especial situación derivada de la emergencia sanitaria motivada por la aparición del virus COVID-19, lo que se demuestra por el hecho de que, pudiendo constituir los incumplimientos causa de resolución del contrato por estar así previsto en los pliegos que lo rigen, por ser más favorable para los interesados se optó por ampliar el plazo para su realización bajo apercibimiento de que debían cumplirse los mismos antes de la finalización del curso escolar o, de lo contrario, podrían dar lugar a la imposición de penalidades.

Además la situación sanitaria no ha supuesto en ningún caso impedimento absoluto o causa de fuerza mayor para no llevar a cabo las actividades formativas ya que no se exige que ésta se realice de forma presencial, existiendo otros medios o alternativas que la empresa ni siquiera ha propuesto, pese a los múltiples requerimientos efectuados. Prueba de ello es que las empresas adjudicatarias de los restantes lotes de los que consta el contrato en cuestión han cumplido fielmente y en plazo con todos sus compromisos, tanto mediante jornadas presenciales como en la puesta a disposición de los centros educativos de páginas webs accesibles para los destinatarios, cursos online, dípticos, …

Para mayor abundamiento hay que señalar que de acuerdo con lo previsto en los pliegos la "guía de prácticas correctas de higiene, hábitos y habilidades en el comedor escolar" se aportará en formato digital para su presentación como video tutorial o mediante diapositivas, y se acompañará de toda la documentación que le sirva de soporte en formato pdf o compatible. Es decir, simplemente obliga a la aportación de documentos en formato digital, lo que evidentemente no se encuentra afectado por las limitaciones de movimiento derivadas del COVID. Sin embargo la empresa tampoco ha cumplido con este compromiso.

2) La buena fe del contratista.

OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. alude en su escrito a que en todo momento ha intentado realizar los compromisos adquiridos, informando de modo puntual a la Delegación y tratando de buscar la mejor solución posible, en un contexto de restricciones y medidas que impedía su ejecución.

A pesar de la buena fe que manifiesta la empresa contratista, son numerosos los requerimientos que ha venido efectuando el órgano de contratación (tanto por vía telefónica como mediante correo electrónico) desde abril de 2021, en los que continuamente se le ha indicado que *"Estos compromisos son de obligado cumplimiento, suponen una obligación esencial para los contratistas y su no realización puede dar lugar a la imposición de penalidades sobre la garantía, a la resolución del contrato e incluso a la imposición de la penalidad de no poder contratar con las Administraciones Públicas".*

Señalándose además que:
"En caso de que haya transcurrido el plazo fijado en los pliegos sin haberse realizado las actividades, se DEBEN poner inmediatamente en contacto con los centros para acordar su realización en el plazo más breve posible. En todo caso deben realizarse todas las actividades antes del día 15 de junio.
Se le recuerda estos compromisos suponen una obligación contractual de las empresas, no de los centros, por lo que son éstas las que tienen que instar su realización."

La respuesta de la empresa en todo momento ha sido que se estaban llevando a cabo (parcialmente) las actividades formativas y que estaban recopilando la información para enviarla al órgano de contratación. Ya alcanzado el día 23 de agosto, ante los avisos de inicio del procedimiento de imposición de penalidades, es cuando se reconoce por escrito que
"Nuestra empresa asume la omisión que se nos alega. Efectivamente, no hemos tenido oportunidad de ejecutar las mejoras de formación del citado contrato."

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 9 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Junta de Andalucía

Es decir, que no han llevado a cabo (ni tan siquiera parcialmente) NINGUNA de las actividades de formación a las que se comprometieron.

Estos hechos destruyen claramente la presunción de buena fe alegada por la empresa contratista, buena fe que en ningún caso ha sido reconocida por la Administración tal como indica la empresa contratista: en la propuesta de imposición de penalidades la Administración expone que OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. manifiesta su buena fe para realizar las actividades.

3) La no reincidencia.

En relación con este elemento asiste la razón a la persona contratista, ya que no se ha reincidido en el incumplimiento de los compromisos (circunstancia que no impide por sí misma calificar el incumplimiento como MUY GRAVE a la vista del resto de requisitos).

Lo que la propuesta de imposición de penalidades señala es otro extremo determinante de la calificación de los incumplimientos relacionado con la reincidencia: la reiteración de los requerimientos realizados a la adjudicataria para que de cumplimiento a sus compromisos.

4) La importancia de los compromisos formativos en relación con el contrato.

La empresa contratista aduce en su escrito que los compromisos formativos no son parte sustancial del objeto del contrato, calificándolos como una parte auxiliar de los mismos, y señala que se trata de una interpretación interesada de la Administración, que confunde "la relevancia a efectos de valoración o puntuación en la adjudicación del contrato de las diferentes ofertas formativas de las empresas concursantes" con "la naturaleza substancialmente constitutiva del objeto del contrato de la oferta formativa en el contrato de monitores de comedor escolar".

Esta cuestión se resuelve claramente al acudir a los pliegos que rigen este contrato, los cuales señalan que *"El cumplimiento de los compromisos a los que se obligue la persona licitadora se considera una obligación esencial a efectos del artículo 211 de la LCSP"*.

Además, se recoge en los mismos que *"Será causa de resolución del presente contrato el incumplimiento por parte del contratista de los compromisos a que se obligue relativos a la realización de cualquiera de las actividades de formación evaluables mediante la aplicación de fórmulas (incluidas la elaboración de guías y la realización de actividades de desarrollo de la autonomía personal, actitudes y hábitos saludables), cuando el órgano de contratación opte por ello teniendo en cuenta las circunstancias del caso",* lo que revela la importancia que se da en los pliegos al incumplimiento de los compromisos referentes a actividades de formación a los que considera susceptibles, incluso, de resolución del contrato.

Por último hay que señalar que la empresa contratista alude continuamente en su escrito a que la propuesta de imposición de penalidades efectuada por la Administración supone la conducta más gravosa para sus intereses, sin tener en cuenta en ningún momento que se podría haber optado por la resolución del contrato y, como consecuencia de ésta, la exigencia de los daños y perjuicios ocasionados, así como, en su caso, la imposición de la penalidad de prohibición de contratar con las Administraciones Públicas.

El órgano de contratación, actuando de acuerdo con el principio de buena fe, no sólo no procedió a resolver el correspondiente contrato, sino que teniendo en cuenta la situación de emergencia sanitaria incluso resolvió la ampliación de los plazos de realización de las actividades formativas, período que aprovecharon el resto de personas contratistas para dar cumplimiento a sus compromisos (por lo que no han sido penalizados). No es hasta el término de este plazo ampliado cuando se comprueba que OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. no ha cumplido con NADA de lo pactado, por lo que procede la imposición de las penalidades previstas.

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 10 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Junta de Andalucía

A la vista de lo anterior

RESUELVO

1. Calificar como muy graves los siguientes incumplimientos:

- La no realización de las sesiones formativas específicas sobre “normas de prevención ante el COVID-19” durante la primera quincena del mes de febrero de 2021. (I1)
- La no realización de las sesiones formativas específicas sobre “alergias e intolerancias alimentarias” durante la primera quincena del mes de marzo de 2021. (I2)
- La no realización de las sesiones formativas específicas sobre “primeros auxilios” durante la primera quincena del mes de abril de 2021. (I3)
- La no realización de las sesiones formativas específicas sobre “alimentación de niños y jóvenes” durante la primera quincena del mes de mayo de 2021. (I4)
- La no presentación a la Dirección del Centro para su visto bueno antes del 30 de abril de 2021 de la guía de prácticas correctas de higiene, hábitos y habilidades en el comedor escolar. (I5)
- La no presentación a la Dirección del Centro para su visto bueno antes del 30 de marzo de 2021 de la programación de actividades que permitan aumentar el desarrollo de la autonomía personal, actitudes y hábitos saludables, así como el no desarrollo de las mismas. (I6)

2. Imponer a OSVENTOS INNOVACION EN SERVIZOS S.L. las siguientes penalidades: (*)

- Una penalidad por importe de MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (1.645,81 €) con motivo del incumplimiento I1.
- Una penalidad por importe de MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (1.652,63 €) con motivo del incumplimiento I2.
- Una penalidad por importe de MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS (1.737,90 €) con motivo del incumplimiento I3.
- Una penalidad por importe de MIL SETECIENTOS VEINTE EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (1.720,85 €) con motivo del incumplimiento I4.
- Una penalidad por importe de MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS (1.737,90 €) con motivo del incumplimiento I5.
- Una penalidad por importe de MIL SETECIENTOS VEINTE EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (1.720,85 €) con motivo del incumplimiento I6.

3. Ordenar que se notifique a la persona contratista esta Resolución de imposición de penalidades y su publicación en el Perfil del contratante de la Delegación Territorial.

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 11 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Junta de Andalucía

Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación de la presente resolución, ante este mismo órgano, o interponer directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses, contados en la misma forma conforme a lo indicado en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y con cumplimiento de los requisitos previstos en la citada Ley, sin perjuicio de que pueda ejercitar cualquier otro recurso que estime procedente.

En Cádiz, a la fecha de la firma electrónica.

EL DELEGADO TERRITORIAL

Fdo. Miguel Andreu Estaún

MIGUEL ANDREU ESTAUN		26/11/2021	PÁGINA 12 / 12
VERIFICACIÓN	NJyGwwXFj96ze915vnk7gaLwA95A4I	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	