



EB 2015/096 y 2015/097

Resolución 104/2015, de 9 de octubre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por NESTLÉ ESPAÑA, S.A. y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES Y DISTRIBUIDORES DE PRODUCTOS DE NUTRICIÓN ENTERAL frente a los pliegos que rigen la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro y entrega de productos dietéticos a los centros socio – sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Los días 4 y 7 de agosto de 2015 tuvieron entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) los recursos especiales en materia de contratación interpuestos, respectivamente, por NESTLÉ ESPAÑA, S.A. y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES Y DISTRIBUIDORES DE PRODUCTOS DE NUTRICIÓN ENTERAL (en adelante, AENE), frente a los pliegos que rigen la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro y entrega de productos dietéticos a los centros socio – sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día de la interposición se remitieron los recursos a Osakidetza y se solicitó el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). El expediente de contratación y el informe sobre el recurso interpuesto por NESTLÉ ESPAÑA se recibieron el 17 de



agosto de 2015; el informe sobre el recurso interpuesto por AENE se recibió el 25 de agosto de 2015.

TERCERO: Con fecha 21 de agosto de 2015 el titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 17/2015, por la que se estimó la petición de medida cautelar solicitada por los recurrentes y se acordó la suspensión de la tramitación del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: Solicitadas con fecha 21 y 24 de agosto de 2015 alegaciones a los interesados, no se ha recibido ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Dada la identidad de objeto y conexión entre ambos recursos, procede su acumulación en un único procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

SEGUNDO: En el expediente consta la legitimación de los recurrentes y la de quienes actúan en su nombre.

TERCERO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada.

CUARTO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

QUINTO: Los recursos se han interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.



SÉPTIMO: La argumentación de los recursos es, en síntesis, la siguiente:

A) Recurso EB 2015/096 (NESTLÉ ESPAÑA)

a) Por lo que se refiere a la solvencia, la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) únicamente contiene una relación de los documentos que “orientativamente” se podrán aportar para acreditarla, por lo que se incumple la obligación legal de determinar los concretos medios de acreditación (artículos 62 y 74 TRLCSP). Además, ni para la solvencia técnica ni para la económica se ha dispuesto el nivel mínimo de solvencia del que debe disponer el licitador.

b) El punto 7.2 de la Carátula del PCAP exige una garantía definitiva del 5% del presupuesto de licitación de cada lote del acuerdo marco de los que resulte adjudicatario, y la cláusula 25 del PCAP dispone el momento de su presentación y los efectos de la no presentación. Tal exigencia no es correcta, pues la garantía definitiva sólo es exigible a los adjudicatarios de los contratos posteriores derivados del acuerdo marco previo, como se deduce del informe 36/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE).

c) La cláusula 18 de la carátula del PCAP dispone que «el contrato basado en el Acuerdo Marco se adjudicará con arreglo a los términos establecidos en el Acuerdo Marco sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación (198.4 párrafo 1º del TRLCSP)»; por su parte, la cláusula 41 de la carátula establece que «la ejecución del contrato derivado del acuerdo marco se formalizará a través de los pedidos efectuados por las unidades responsables o destinatarias del acuerdo marco sin necesidad de formalizar contratos derivados.» Todo ello incumple la normativa aplicable a la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco en el que no se establecen todas las condiciones y en el que se seleccionan varios empresarios (como es el caso del contrato recurrido), pues se omite el procedimiento competitivo previsto en artículo 198.4 TRLCSP.



d) La cláusula 18 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece que «durante la vigencia del contrato, los adjudicatarios están obligados a proponer sustituciones de los productos o materiales seleccionados, por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio sea igual o inferior al inicialmente adjudicado y cumplan con los requisitos legales y administrativos determinados en la contratación del artículo primitivo»; se añade que «en todo caso, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de éste, tiene la facultad de incluir nuevos bienes de los tipos adjudicados o similares a los adjudicados cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados». Ambos supuestos de modificación contractual incumplen con los requisitos del artículo 106 TRLCSP, pues se trata de cláusulas de contenido impreciso; se recuerda que el interés público no es una causa que habilite para la modificación del contrato con omisión de los parámetros del artículo 106 TRLCSP. Tampoco consta el porcentaje del precio al que puede afectar la modificación, como pide el artículo 106 TRLCSP, ni se computa su importe a los efectos de calcular el valor estimado (artículo 88.1 TRLCSP).

e) También en materia de modificación contractual se impugna la cláusula 20, segundo párrafo, del PPT, que establece que «en todo caso, las empresas que resulten adjudicatarios en el presente expediente vendrán obligados a notificar y aplicar a las Organizaciones de Servicios de Osakidetza cualquier condición más favorable o cualquier oferta a un precio menor que se derive de la tramitación y adjudicación de un expediente de contratación declarado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de adquisición centralizada en el ámbito estatal para los productos incluidos en el presente expediente, procediéndose en su caso a modificar el contrato de acuerdo a las mismas.» El impacto económico de esta estipulación no está delimitada cuantitativamente, e infringe el principio de que la ejecución del contrato no puede someterse a indicaciones posteriores a su celebración, así como la necesidad de que el precio sea cierto (salvo revisión de precios, que el punto 4.5 de la carátula del PCAP no permite).

f) El único elemento de selección del acuerdo marco es el criterio del precio, pudiendo seleccionarse hasta un número máximo de tres empresas por cada



lote; ello infringe el artículo 150 TRLCSP, que solo permite esta forma de adjudicación cuando los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación. Estos requisitos no se dan en el contrato recurrido, cuyos pliegos prevén expresamente la posibilidad de modificaciones (ver apartado anterior) y la variación de plazos de entrega (punto 5.3 de la carátula del PCAP).

g) Uno de los requisitos esenciales del contrato público es la fijación del precio, aunque es posible que el precio no figure en los acuerdos marco en los que no están establecidas todas las condiciones. El TRLCSP impone que la estimación del precio debe ser adecuada al precio de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación, de modo que se posibilite el efectivo cumplimiento del contrato (artículo 87.1 TRLCSP); así, al poder adjudicador le corresponde la obligación de averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas lo que sea justo, así como determinar y mantener equilibradamente el precio. En el Pliego del contrato impugnado consta un precio unitario máximo para cada uno de los artículos que configuran los lotes, del cual se deduce el valor estimado y el presupuesto global del contrato y de cada lote. En el caso de los acuerdos marco, el valor estimado comprende el valor estimado de todos los contratos que de él pueden derivarse. Dado que el precio unitario en cada uno de los contratos de cada entidad que comprende el acuerdo marco pudiera ser diferente si no se instaran conjuntamente en un acuerdo marco, el precio unitario que fije el órgano de contratación en el acuerdo marco debería ser un equilibrio de la heterogeneidad de los contratos derivados y tener en cuenta las peculiaridades de cada entidad contratante, pues de lo contrario se estaría actuando contra los principios de igualdad y concurrencia; así, el precio seleccionado de cada adjudicatario en cada lote será el mismo para cada contrato derivado, sea cual sea la entidad que solicite el producto y con independencia de la cantidad del pedido, de forma que las políticas de economías de escala no son aplicables para apoyar la idoneidad de los acuerdos marco y su único precio unitario. Sin embargo, en el acuerdo marco se parte de un precio unitario común para todos los contratos derivados, a



pesar de que cada entidad solicitante de dichos pedidos derivados tienen particularidades distintas; en este sentido, nada garantiza que al adjudicatario del Acuerdo marco se le adjudique algún contrato derivado, lo que puede traducirse en que a un empresario se le adjudique un contrato por el precio unitario del acuerdo marco y ese precio no se adecúe a las características del contrato hasta el punto de perder su onerosidad, y si a ese mismo empresario no se le adjudica ningún otro contrato derivado en el que pudiera obtener algún tipo de beneficio que pueda compensar la falta o pérdida en aquel otro contrato, resultará que esa empresa ha obtenido pérdidas. Se insiste en que el acuerdo marco no se sitúa en un único mercado, sino que existen tantos mercados como entidades forman parte de él, cada una de ellas con sus peculiaridades logísticas, de necesidades, etc., por lo que parece difícil justificar un único precio unitario máximo sin que quiebren los principios de la contratación pública. No cabe duda de que el poder adjudicador debe justificar el precio fijado de acuerdo con los artículos 87 y 88 del TRLCSP, teniendo en cuenta todos los factores implicados, sean internos al contrato (contraprestación, p.ej.) como externos (fidelización de consumidores, que posiblemente continuarán demandando el producto después de salir del hospital), y que son distintos en cada caso. A la recurrente no le consta que exista tal motivación y, en su caso, si es o no acertada, extremo que debe comprobar el OARC / KEAO; en todo caso, en las dos contrataciones que la recurrente tiene constancia instadas por Osakidetza los precios son claramente superiores; es cierto que en la última contratación tramitada por el Servicio Cántabro de Salud (SCS) los precios eran similares a los fijados por Osakidetza, pero también se podría hacer alusión a contratos de otras Comunidades en la que los precios son notablemente superiores.

h) El acuerdo marco se celebrará con un máximo de tres empresarios, por lo que “serán propuestas para la adjudicación las tres primeras ofertas resultantes de ordenar las ofertas de mayor a menor precio” (cláusula 12 del PPT); en el anuncio del DOUE se especifica lo siguiente: “Número máximo de participantes en el acuerdo marco previsto: 20” (en sentido análogo, el apartado 30.2 de la carátula del PCAP). La citada selección es contraria al artículo 9.3 a) TRLCSP,



que dispone que la contratación de suministros por precio unitario y cuantía indeterminada deberá efectuarse mediante un acuerdo marco a suscribir con un único empresario.

i) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad de los pliegos y la anulación del procedimiento de contratación.

B) Recurso EB 2015/97 (AENE)

a) El recurrente entiende que los precios máximos que se fijan en la documentación contractual para los productos dietéticos que deben ser objeto de suministro son muy inferiores a los precios de mercado, lo que infringe los artículos 87 y 88 del TRLCSP y la doctrina de los órganos de resolución del recurso especial y provoca la falta de viabilidad de las prestaciones contractuales y el enriquecimiento injusto del poder adjudicador. En este sentido, se alegan los precios de mercado para los productos objeto del fijados por el Real Decreto 1205/2010, de 24 de septiembre, por el que se fijan las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la prestación con productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud (SNS) y para el establecimiento de sus importes máximos de financiación, los precios obtenidos por otros poderes adjudicadores en concursos similares y la propia naturaleza de los productos que se pretende adquirir (de gran complejidad y alto valor nutricional). De todo ello se deduce que los precios de la licitación contienen una sustancial rebaja respecto a los precios de mercado (en algunos casos, superior al 90%, y en promedio, un 80% respecto de los precios fijados en el Real Decreto 1205/2010; asimismo, los precios de adjudicación de un concurso convocado por el Servicio de Salud de Castilla – La Mancha en 2010 suponen un 173% de los precios máximos marcados por Osakidetza).

b) Osakidetza quiere adquirir productos financiados por el SNS (ver cláusula 30.2 de la carátula del PCAP y el artículo 8 ter 2 de la Ley 16/2003), pero la licitación impugnada vulnera el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones del SNS que garantizan la



Constitución y la Ley 16/2003. En particular, se limita la libertad de los facultativos de los centros socio – sanitarios para prescribir el producto dietético que consideren más oportuno de acuerdo con su criterio profesional (solo podrían prescribir el producto adquirido en la licitación) y se dividiría la población protegida en dos grupos tratados de forma distinta: los internos en los centros socio – sanitarios y los no internos, dándose la circunstancia de que solo estos últimos pueden acudir a un facultativo que les prescribiera el producto más adecuado, que podrían adquirir en la farmacia de su elección, siempre con el reembolso correspondiente.

c) La documentación contractual no establece unos mínimos requisitos de solvencia para los licitadores, pues se exige determinada documentación pero no se especifican los niveles mínimos que deben acreditarse; todo ello infringe el artículo 62 TRLCSP.

d) El contrato está incorrectamente calificado como contrato de suministros, pues también hay prestaciones propias del contrato de servicios, como el transporte de los productos a los centros socio – sanitarios establecidos. Esta incorrección induce a una grave confusión acerca de cuáles son realmente las prestaciones comprendidas en el contrato; consecuentemente, debieron cumplirse las prescripciones del contrato mixto y definirse correctamente todas las prestaciones.

e) Los pliegos no recogen los términos que deben aplicarse para adjudicar los contratos derivados del acuerdo marco, limitándose a decir que «los pedidos de los productos objeto de esta contratación se realizarán a cualquiera de las empresas adjudicatarias, sin que exista orden de preferencia entre ellas.» Por lo tanto, se infringe el artículo 198 TRLCSP.

f) En consecuencia con los argumentos citados, el recurrente solicita la anulación del anuncio de licitación, el PCAP y su carátula y el PPT.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador se opone a los recursos con base en los argumentos que a continuación se resumen:



A) Recurso EB 2015/096 (NESTLÉ ESPAÑA)

a) No se ha establecido en las bases de la licitación una solvencia determinada y se ha dejado abierta la posibilidad de que cada licitador la acredite como estime oportuno, pero ello no implica que no se pida solvencia a las empresas.

b) La garantía definitiva se exige a los adjudicatarios del acuerdo marco porque no hay contratos derivados (artículo 198.4 TRLCSP).

c) De acuerdo con el artículo 198.4 TRLCSP, «cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.» El acuerdo marco ha concretado las obligaciones futuras de manera completa, por lo que los contratos derivados se considerarán una ejecución de los términos pactados, de forma que si existe un único empresario los contratos se ejecutarán con él, y si el acuerdo marco se celebró con varios empresarios no se precisará una nueva licitación entre ellos (artículos 198.3 y 4 del TRLCSP), como es el caso analizado.

d) El régimen de sustitución de bienes objeto del contrato es un requerimiento a los efectos de concretar las obligaciones futuras de manera completa.

e) Una vez cumplidos por los productos las exigencias del Real Decreto 1205/2010 y la Orden SPI/2958/2010 y su inclusión en la Oferta de productos dietéticos del SNS, lo esencial para la declaración de oferta más ventajosa es el precio ofertado por los licitadores, que es algo que se justifica por la puesta en práctica de medidas de ajuste presupuestario.

f) Comparando los precios máximos establecidos en el contrato impugnado con los de las licitaciones de otros poderes adjudicadores, se observa que los precios de Osakidetza son superiores a los fijados, por ejemplo, para el SCS para los mismos productos en una licitación anterior (de 2014) a la ahora



analizada. En esa misma licitación 22 de los 29 lotes cuyo contenido era coincidente con el de los que integran el contrato impugnado fueron adjudicados precisamente a la empresa NESTLÉ, ahora recurrente; en 19 de ellas las bajas de licitación de la oferta del contratista fueron superiores al 90%, de tal modo que, realizando una simulación de lo que sucedería en el contrato de Osakidetza aplicando los mismos criterios, a un presupuesto estimado de 973.985,19 euros le correspondería un importe de adjudicación de 9.402,19 euros, es decir, una rebaja del 99,03%. A la vista de todo ello, así como de las rebajas ofertadas en el concurso del SCS por otras empresas y de las distintas políticas de precios de las empresas, no se entiende el reproche de que el precio fijado por Osakidetza no es adecuado al mercado. Análoga conclusión puede deducirse de los precios ofertados a algunas Organizaciones de Servicios de Osakidetza por la recurrente en ocasiones anteriores.

g) Respecto a la selección de tres empresas en cada lote de los que se divide el Acuerdo Marco, se reitera que es correcta y que todos los términos del Acuerdo están definidos con anterioridad.

B) Recurso EB 2015/97 (AENE)

a) Por lo que se refiere a los argumentos aportados para acreditar que Osakidetza no se ha adecuado al precio de mercado, se alega lo siguiente:

- Los productos dietéticos, a diferencia de lo que sucede con los medicamentos, cuyo precio está intervenido, son productos de precio libre, y el Real Decreto 1205/2010 solo pretende fijar la cuantía máxima a efectos de su financiación por el SNS; por ello, Osakidetza no está obligada a marcar un precio de licitación igual al importe máximo de financiación, siendo posible que fije otro más bajo por razones de estabilidad presupuestaria.

- Los precios fijados por Osakidetza son, medidos en términos de presupuesto de licitación, superiores en un 28,67% a los que el SCS fijó en una contratación anterior (2014) de los mismos productos; los importes de adjudicación suponen



bajas de licitación superiores en muchos casos al 90%. Por ello, la alegación de que el precio no se ajusta al mercado es infundada.

- Se alega doctrina de los órganos de resolución de recursos que hace compatible el artículo 87.1 con el control del gasto público y con la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa.

b) Los ciudadanos internos van a tener acceso al mismo tipo de productos que los ciudadanos no internos porque los productos contratados deben estar incluidos en la Oferta de productos dietéticos del SNS, que incluye un listado que los agrupa en razón de su similitud de composición, presentación o indicaciones, sin que se categorice cuáles son mejores para cada patología. Además, los pliegos garantizan que los licitadores oferten todos los sabores que comercialicen de cada producto (apartado 8.2 del PPT), y prevén la adjudicación a tres ofertas por cada lote, lo que garantiza las necesidades y perfiles de cada consumidor (apartado 12 del PPT). En todo caso, siempre se puede acudir a la adquisición de un producto no incluido en el contrato si durante su vigencia surge una necesidad muy específica.

c) En lo que se refiere al no establecimiento de unos requisitos mínimos de solvencia, ver la respuesta a esta cuestión en el informe sobre el recurso EB 2015/96.

d) Respecto a la incorrecta calificación del contrato, se considera que la libertad de pactos (artículo 25 TRLCSP) y el artículo 297 TRLCSP amparan la estrategia de entrega de productos elegida por Osakidetza.

e) En lo referido a la alegación de que la documentación contractual no regula los términos de los contratos basados en el acuerdo marco, ver la respuesta al recurso EB 2015/96.

NOVENO: Analizado el expediente y los términos del debate, se observa que las cuestiones planteadas por los recursos acumulados son las siguientes:



a) Desigualdad entre usuarios del Sistema Nacional de Salud

El recurso de AENE alega que la prestación directa de los productos dietéticos objeto del contrato a los usuarios del sistema sanitario internos en centros socio sanitarios discrimina a estos últimos, pues no tienen el derecho a que un facultativo les prescriba el producto concreto más idóneo para su situación personal y a su adquisición en una oficina de farmacia, sino que deben conformarse con los suministros seleccionados en el procedimiento de contratación impugnado. A juicio de este OARC / KEAO, tal desigualdad no existe, pues ni unos ni otros usuarios dejan de percibir la prestación en los términos descritos en la legislación aplicable (artículos 8 ter y 18 de la Ley 16/2003 y Anexo VII del Real Decreto 1030/2006) y el hecho de que se haya adoptado la decisión de la entrega directa, prescindiendo de las oficinas de farmacia, en nada perjudica a los usuarios, los cuales, en última instancia, siempre pueden recibir un producto no incluido en el contrato si es necesario mediante adquisición en farmacia previa la correspondiente receta facultativa, como bien alega el poder adjudicador. Por ello, este motivo de recurso debe ser desestimado. Otra cuestión relacionada con esta alegación pero que no puede ser objeto de la presente resolución por pertenecer a una cuestión ajena al clausulado contractual es si, habida cuenta de que Osakidetza abona íntegramente el precio del contrato, se ha previsto o no un mecanismo para que los usuarios destinatarios de los productos contratados satisfagan la aportación a la que se refiere el artículo 8 ter, apartados 4 y 5 de la Ley 16/2003 (ver, para un caso similar, la letra c) del fundamento jurídico noveno de la Resolución 41/2015 del OARC / KEAO); llama la atención la falta de análisis de este relevante tema en la documentación preparatoria del contrato.

b) Adecuación del precio al mercado

Por ambos recurrentes se cuestiona que los precios máximos fijados por el poder adjudicador sean adecuados al mercado, como exige el artículo 87.1 TRLCSP. En su Resolución 64/2013, este OARC / KEAO se pronunció sobre el alcance y sentido de esta exigencia señalando que «el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la



oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.» Asimismo, se añadía que «(...) es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta” y que ello no contradecía el principio de adecuación al mercado porque «(...) la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar (...)). Finalmente, se establecía que «una vez comprobado que el presupuesto inicial no contiene ningún error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide, y dado que el recurso no ha acreditado suficientemente la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, no hay razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración.» En análogo sentido, la Resolución 764/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que resume su doctrina sobre la materia, recuerda que el órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de fijar el precio contractual, que en «el control del gasto debe presidir la interpretación del art. 1 TRLCSP, y que por tanto, el precio de mercado actúa, en principio, no como “suelo” sino como “techo”» y que «solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permita anular la cláusula correspondiente» (ver también las Resoluciones 81/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y 222/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón)

Partiendo de estos criterios, debe comprobarse si se ha acreditado o no que la fijación del precio es, en los términos expuestos, incorrecta, análisis que debe partir de dos hechos. En primer lugar, consta que se han presentado a la licitación cuatro ofertas. En segundo lugar, se ha acreditado en el informe del



órgano de contratación (y se ha admitido por NESTLÉ) que los importes unitarios máximos fijados por Osakidetza no están alejados de los establecidos por otros poderes adjudicadores en al menos una licitación cercana en el tiempo y con el mismo objeto, importes que además fueron ampliamente mejorados por los adjudicatarios (uno de ellos, la propia NESTLÉ). Ambas circunstancias permiten descartar que la estimación del precio haya impedido la concurrencia o que esté claramente fuera de lo que es asumible por los operadores económicos del sector.

Frente a estas dos evidencias, los argumentos de los recurrentes no resultan consistentes. Así, no existe un precio “real” de las cosas que el órgano de contratación deba averiguar para pagar lo “justo”, porque precisamente el precio lo forma finalmente el mercado en régimen de libre competencia, siendo el poder adjudicador solo uno de sus agentes. Tampoco es aceptable la pretensión de que deba fijarse un precio distinto para cada contrato derivado porque cada uno de dichos contratos se sitúa en un mercado con peculiaridades logísticas o de dimensión diferentes; esta idea lleva, por reducción al absurdo, a negar la motivación última de las compras agrupadas o centralizadas para aprovechar las economías de escala, y obstaculiza la facultad discrecional de los poderes adjudicadores para delimitar el ámbito de sus procedimientos de adjudicación como consideren más oportuno. Por otra parte, la supuesta inadecuación del precio tampoco puede sustentarse en su comparación con los que fija el Real Decreto 1205/2010, porque el objetivo de esta norma es, como señala su artículo 1, «sentar las bases para el establecimiento de importes máximos de financiación para cada tipo de producto facilitado en la prestación con productos dietéticos», y no establecer su precio general de mercado. Además, la mención a la complejidad y valor nutricional de los productos es tan genérica que serviría para considerar inadecuado no solo el precio fijado en este expediente, sino cualquier otro que se hubiera establecido. Finalmente, hay que señalar que, en contra de lo que se deduce de los recursos, que confunden la onerosidad propia del contrato del sector público (prestaciones a cambio de un precio) con el lucro (existencia de beneficio), no es cierto que el precio general de mercado deba garantizar beneficios o inexistencia de pérdidas a la empresa, pues ello depende de otros factores, como los resultados de su política comercial o sus costes de



producción, y en todo caso el contrato administrativo se adjudica a riesgo y ventura del contratista, de modo que no cabe que el poder adjudicador le garantice rentabilidad alguna (artículo 215 TRLCSP).

Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

c) Calificación del contrato

Se alega que el régimen jurídico del contrato debe ser el del contrato mixto porque, junto a las obligaciones propias del suministro, se incluyen otras características del contrato de servicios, en particular, el transporte y entrega de los productos en los centros socio sanitarios destinatarios. Procede recordar lo establecido por este OARC / KEAO en la Resolución 41/2015 para una alegación sustancialmente análoga, que marca un criterio que lleva a la desestimación del motivo de impugnación:

«(...) resulta imposible concebir un contrato de suministro de un bien material en el que no figure la entrega física del producto adquirido como un aspecto de la prestación. Por ello, el artículo 292.1 TRLCSP establece que «el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas» y, en consecuencia, el artículo 297.1 TRLCSP añade que «salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista.» Estableciendo la obligación de que los adjudicatarios asuman a su cargo «el transporte de los absorbentes a los centros socio - sanitarios indicados por el Departamento de Salud» (apartado 2 del PPT; en el mismo sentido, ver también la cláusula 10 de la carátula del PCAP), el poder adjudicador no hace sino insertar en el contrato el régimen generalmente previsto en el TRLCSP, por lo que no procede aceptar el motivo de recurso.»»

d) Configuración del acuerdo marco y de los contratos en él basados

Por lo que se refiere a esta cuestión, se plantea por los recurrentes que los pliegos no se ajustan a lo establecido en el artículo 198.4 TRLCSP, que define el procedimiento que debe seguirse para la adjudicación de los contratos derivados



del acuerdo marco cuando no todos sus términos están establecidos en el citado acuerdo marco. Osakidetza, por el contrario, entiende que es aplicable dicho precepto en su primer párrafo, el cual autoriza a adjudicar los contratos derivados simplemente aplicando los términos del acuerdo marco.

El artículo 198.4 TRLCSP establece en su primer apartado que «cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación», pero el segundo apartado del mismo precepto señala que «cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco», con arreglo al procedimiento que a continuación describe y que, en general, exige una consulta escrita a los adjudicatarios del acuerdo marco y la aplicación de criterios en él previstos que identifiquen la mejor oferta. De lo anterior se deduce que la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco cuando éste se formaliza con varios empresarios tiene una tramitación distinta según dicho acuerdo fije o no todos los términos de los citados contratos que en él habrán de basarse. Siendo claro que los Pliegos permiten la adjudicación del acuerdo marco a varios empresarios, y que es aplicable el artículo 198.4 TRLCSP para la adjudicación de los contratos derivados, la cuestión se reduce a discernir si, efectivamente, el acuerdo marco establece todos los términos del objeto contractual. La respuesta es negativa, pues no es cierto que el acuerdo agote toda la regulación del suministro, siendo especialmente significativo que no se establezcan las cantidades de producto incluidas en cada contrato derivado, relacionadas a su vez con las necesidades que han de satisfacer, que tampoco se aclaran (¿las de un único centro? ¿las de todos los de un Territorio? ¿durante qué periodo?); estas cuestiones capitales de configuración de los contratos derivados no se fijan en el acuerdo marco y se dejan al arbitrio de los órganos que demandarán los bienes a suministrar. Habida cuenta de esta indeterminación, y al expresar que «los pedidos de los productos objeto de esta contratación se realizarán a cualquiera de las empresas adjudicatarias, sin que



exista orden de preferencia entre ellas» (apartado 30.2 de la carátula del PCAP), el poder adjudicador se está reservando el derecho a adquirir libremente los suministros objeto del contrato a cualquier empresario incluido en el acuerdo marco, sin explicación alguna, sin aplicar ningún criterio que permita identificar la oferta más ventajosa de entre las opciones posibles y sin que los pliegos pongan límite alguno al volumen de negocio que puede conceder de esta forma arbitraria. Por todo ello, las cláusulas impugnadas no son solo contrarias a la literalidad del artículo 198.4 TRLCSP, sino que se oponen también a los principios de igualdad y no discriminación y oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCSP), por lo que deben anularse.

Adicionalmente, hay que añadir que la cláusula 30 de la carátula del PCAP, que autoriza con carácter general la adjudicación de cada lote a un máximo de tres ofertas, es contradictoria con el punto II.1.4) del anuncio de la licitación en el DOUE, que señala lo siguiente: «número máximo de participantes en el acuerdo marco previsto: 20». Esta discrepancia provoca que el anuncio no cumpla con su misión principal, que es informar correctamente a los operadores económicos potencialmente interesados de los términos de la licitación, lo que incumple el principio de publicidad (artículo 1 TRLCSP) y equivale a la omisión del preceptivo anuncio, lo que determina a su vez la anulación del procedimiento.

e) Solvencia de los licitadores

Los recurrentes estiman que la carátula del PCAP incumple el TRLCSP porque no se determinan los medios de acreditación de la solvencia técnica y económica ni los requisitos mínimos necesarios para entender que está dotado de dicha solvencia. Esta alegación también debe aceptarse. El artículo 62.2 TRLCSP establece que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.» Este requerimiento ha sido incumplido por el poder adjudicador, ya que los anuncios no hacen ninguna indicación, sino una mera remisión a los pliegos (ver los apartados III.2.2) y III.2.3) del anuncio en el DOUE); en este sentido, la Resolución 44/2014 de



este OARC / KEAO) establece que «el anuncio debe ser por sí sólo lo bastante descriptivo de las características fundamentales de la licitación, de modo que los operadores económicos puedan deducir de su lectura si el contrato es de su interés, sin tener que acudir a otras fuentes de información.» Por su parte, los pliegos se limitan a citar “orientativamente” un medio de acreditación para cada tipo de solvencia (la declaración de la cifra de negocios global para la solvencia económica y la relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años para la solvencia técnica), lo cual es lo contrario de especificar, que es precisamente la exigencia legal. Asimismo, y lo que es más relevante, no se fija en absoluto un umbral mínimo de solvencia por debajo del cual las empresas no serían admitidas a la licitación, como pide el artículo 62.2 TRLCSP. Consecuentemente, al no fijar un umbral mínimo de solvencia con el que contrastar la documentación que solicita (que tampoco especifica ni concreta), posibilita que, en principio, ningún licitador pueda ser excluido por falta de solvencia y que cualquiera pueda resultar adjudicatario con independencia de su capacidad técnica y financiera; dicha posibilidad es inadmisibles en un contrato con el volumen económico y la importancia estratégica que tiene el analizado, por ser contraria no solo al artículo 62.2 TRLCSP sino al principio eficiencia en el uso de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP). Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse.

f) Exigencia de garantía definitiva

Se impugna la cláusula 7.2 de la carátula del PCAP, que establece al adjudicatario del acuerdo marco la obligación de depositar una garantía definitiva del 5% del presupuesto de licitación de cada lote de los que resulte adjudicatario. Esta impugnación debe ser aceptada y la citada cláusula anulada. En este sentido, el informe 36/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, alegado por uno de los recurrentes y cuyo contenido se comparte por este OARC / KEAO, establece lo siguiente:

«La garantía definitiva en si misma se vincula a cada contrato y se exige en función de cada uno de ellos, para responder del cumplimiento de las obligaciones que deriven de éste desde el momento en que se constituye como propuesto adjudicatario y como



contratista. Sin embargo, en el caso del acuerdo marco, ya hemos dicho que no se configura por la Ley como un contrato, por tanto, no se debe exigir garantía a los empresarios que resulten adjudicatarios del mismo, refiriéndonos con ello, a los empresarios que puedan participar en los contratos que deriven del acuerdo marco, sino que la prestación de garantía definitiva deberá darse en el momento posterior en el que resulten adjudicatarios del contrato que se realice al amparo del acuerdo marco. Y ello es así, puesto que puede darse el caso de empresarios que resulten seleccionados en el acuerdo marco y que, sin embargo, luego no resulten adjudicatarios de ninguno de los contratos que se puedan celebrar basados en aquél, por lo que la garantía definitiva que deba prestar debe corresponder a estos contratos y no a su participación en el acuerdo marco.»

g) Uso del precio más bajo como único criterio de adjudicación

Se alega que los pliegos debieron optar por la adjudicación del contrato mediante el uso de varios criterios de adjudicación, pues no se dan los requisitos exigidos en el artículo 150.3 f) TRLCSP para utilizar únicamente el criterio del precio más bajo, dado que se admiten varios supuestos de modificación contractual y la posibilidad de variar los plazos de entrega. El citado artículo 150.3 f) establece el uso del precio más bajo como criterio único de adjudicación cuando «los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.»

El artículo 150.3 TRLCSP establece los supuestos en los que procede “en particular”, el empleo de varios criterios de adjudicación, y su letra f), dedicada al contrato de suministros, no es sino la especificación de un principio más general que, para todos los tipos de contrato, sienta la letra b), la cual establece que procede dicho empleo «cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.» Es decir, la adjudicación del contrato en razón exclusiva del precio más bajo es una decisión que el poder adjudicador puede adoptar cuando estime que la prestación o su plazo máximo de entrega no es



susceptible de ninguna mejora que aporte una satisfacción adicional significativa que deba ser evaluada mediante un criterio de adjudicación consignado a propósito para ello. En este contexto, y más allá de su literalidad, una interpretación coherente de las letras f) y b) lleva a entender que cuando se trate de la compra de productos normalizados, como es el caso de los que son objeto del contrato, la citada normalización los uniformiza hasta el extremo de hacer irrelevante o indeseable cualquier posible variación de la misma que los licitadores puedan proponer. En el mismo sentido, no parece necesario considerar como criterio de adjudicación la reducción del plazo de entrega, bastando con que los pliegos aseguren (apartado 5.3 de la carátula del PCAP) una periodicidad mínima suficiente que garantice la regularidad del abastecimiento para el consumo ordinario y la entrega rápida de los pedidos más urgentes.

Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

h) Modificaciones contractuales

Uno de los recursos plantea que los pliegos contienen tres posibilidades de modificación contractual que incumplen la legislación contractual bien sea porque contradicen el artículo 106 TRLCSP, o porque se infringen los principios de precio cierto y de que la ejecución del contrato no puede someterse a indicaciones posteriores a su celebración. Debe recordarse que el artículo 106 TRLCSP recoge la posibilidad de que los contratos del sector público puedan modificarse si así lo prevén los pliegos o el anuncio de licitación; dicha posibilidad está condicionada, en síntesis, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en las que podrá modificarse el contrato, definiéndose los supuestos que autorizan la modificación por referencia a circunstancias que puedan verificarse objetivamente; así, las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a



efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de requisitos de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

- El señalamiento del alcance y límite de las modificaciones que puedan acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar.

- El procedimiento que haya de seguirse para ello.

Con independencia de lo que se dirá para cada una de las concretas cláusulas impugnadas, puede adelantarse que ninguna de ellas cumple el requisito de indicar expresamente el porcentaje del precio al que, como máximo, pueden afectar. En este sentido, no es suficiente el apartado 21 de la carátula del PCAP, que incluye dentro del valor estimado del contrato modificaciones cuantificadas en un porcentaje del 20% del presupuesto inicial del contrato, y ello por dos razones: la primera, que el propio apartado especifica que dicho porcentaje obedece a «aquellas posibles modificaciones contractuales que puedan producirse por una variación de la actividad prevista por esta organización de servicios», supuesto de modificación que no solo no se corresponde con ninguno de los tres que ahora van a analizarse, sino que ni siquiera está previsto en ningún otro punto de los pliegos o el anuncio. En segundo lugar, no puede confundirse el mandato del artículo 88.1 TRLCSP de incluir en el importe del valor estimado de las modificaciones contractuales previstas, con el del artículo 106 TRLCSP de indicar el porcentaje del precio al que éstas pueden afectar, pues los conceptos valor estimado y precio son distintos y obedecen a funcionalidades distintas. Así, el valor estimado despliega sus efectos en el procedimiento de adjudicación y representa el volumen máximo de negocio que el contrato puede representar para el potencial contratista, tiene como finalidad básica definir el procedimiento y el ámbito de publicidad aplicable en razón de la cuantía del contrato y sirve también para informar adecuadamente a los operadores del mercado sobre la importancia económica de la licitación para que éstos decidan si les interesa o no presentar una oferta, a la vista de la importancia económica del contrato (ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/1/2007, asunto C-220/05, y el informe



26/2008 de la JCCA); una de las características del valor estimado es que su importe tiene el carácter de máximo, de modo que es perfectamente posible que las retribuciones del contratista por la ejecución del contrato sean finalmente menores (porque no se han dado los supuestos que autorizan las modificaciones previstas, o porque no se ha prorrogado el periodo de vigencia inicial, p.ej.). Por el contrario, el precio es un elemento esencial del contrato ya perfeccionado y representa la remuneración que debe percibir el adjudicatario en correspondencia con la prestación que vaya a realizar; aunque debe ser determinado, su importe puede variar al alza o a la baja por diversos factores legal y contractualmente previstos (variación de precios del artículo 87.4 TRLCSP, revisión de precios de los artículos 89 TRLCSP y siguientes...). A la vista de todo ello, se observa que de las tres cláusulas de modificación impugnadas, las citadas aquí con los números 1) y 3) pueden alterar el precio contractual, minorándolo, mientras que la número 2) es susceptible tanto de incrementarlo como de minorarlo, y que en ninguno de los tres casos se ha cumplido con el requisito del artículo 106 TRLCSP de que se indique expresamente el porcentaje del precio al que pueden afectar, por lo que las empresas desconocen, en el momento de presentar sus proposiciones, partes relevantes del contenido del contrato. Por lo que se refiere al valor estimado, las cláusulas 1) y 3) no tienen repercusión en él porque tiene, como se ha dicho, carácter de máximo, y en ningún caso su aplicación lo incrementaría. La cláusula 2) sí que es susceptible de aumentarlo y por lo tanto debiera computarse a estos efectos, cosa que no se ha hecho, infringiéndose también el mandato del artículo 88.1 TRLCSP. Para remarcar la importancia que tiene un incorrecto cálculo del valor estimado, debe recordarse su vinculación con la publicidad y transparencia del procedimiento, en los términos señalados más arriba.

1) Cláusula 18 del PPT, primer supuesto

«Durante la vigencia del contrato, los adjudicatarios están obligados a proponer sustituciones de los productos o materiales seleccionados, por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio sea igual o inferior al inicialmente adjudicado y



cumplan con los requisitos legales y administrativos determinados en la contratación del artículo primitivo.»

Esta estipulación propone un supuesto de modificación del contrato generalmente conocido como “cláusula de progreso”. Su contenido e intención son similares a los de uno de los supuestos que autoriza la modificación del contrato aunque no esté previsto en los pliegos o el anuncio de licitación, el recogido en el artículo 107.1 d) TRLCSP. A juicio de este OARC / KEAO, la concreta redacción escogida por el órgano de contratación incumple en varios apartados el artículo 106 TRLCSP. En primer lugar, la determinación de si se está o no en el supuesto de hecho de la modificación se deja, en buena medida, en manos exclusivas del contratista, que es el que fija el precio del producto y el único que puede decidir si va a ser igual o inferior al inicialmente adjudicado (nótese que los pliegos no establecen ningún sistema objetivo, ajeno a las partes, de fijación del importe de dicho precio); en segundo lugar, es también el contratista quien está obligado a proponer la sustitución y quien, al menos en primera instancia, valora si el nuevo producto incorpora o no «avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados», valoración difícilmente controlable por el poder adjudicador porque se basa solo en una cláusula genérica poco expresiva y que no identifica los específicos aspectos del nuevo producto relevantes para el supuesto. Debe añadirse además que el acuerdo marco se adjudica en consideración única al precio más bajo porque son productos normalizados y autorizados administrativamente no susceptibles mejora o variación alguna, lo que aumenta la dificultad de interpretar la cláusula. Por otro lado, la redacción de la estipulación no incorpora el requisito, que, por ejemplo, el artículo 107.1 d) TRLCSP sí menciona, de que la disponibilidad en el mercado del producto sea posterior a la adjudicación del contrato, por lo que caben también productos disponibles cuando se presentaron las ofertas, lo que abre una puerta para desvirtuar las bases de la licitación y los propios términos de la oferta en la que se basa la adjudicación. Por todo ello, debe descartarse que la estipulación cumpla mínimamente la exigencia de fijar con precisión los supuestos y condiciones bajo las que puede producirse la modificación contractual.



2) Cláusula 18 del PPT, segundo supuesto

«En todo caso, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de éste, tiene la facultad de incluir nuevos bienes de los tipos adjudicados o similares a los adjudicados cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados».

En este caso, la insuficiencia del texto impugnado para cumplir con lo establecido en el artículo 106 TRLCSP es aún más evidente. Por un lado, la referencia a los motivos de interés público no es determinante por superflua, pues, por definición, la Administración no puede actuar con base en motivos diferentes (artículo 103.1 de la Constitución); tampoco aporta precisión alguna, por ser extremadamente escueta y poco acorde a la naturaleza de los productos objeto del contrato, la referencia a los motivos de “nueva tecnología o configuración”. En definitiva, la cláusula equivale a permitir que el poder adjudicador, en connivencia con el contratista, altere libremente los términos del contrato.

3) Cláusula 20 del PPT, segundo párrafo

«En todo caso, las empresas que resulten adjudicatarios en el presente expediente vendrán obligados a notificar y aplicar a las Organizaciones de Servicios de Osakidetza cualquier condición más favorable o cualquier oferta a un precio menor que se derive de la tramitación y adjudicación de un expediente de contratación declarado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de adquisición centralizada en el ámbito estatal para los productos incluidos en el presente expediente, procediéndose en su caso a modificar el contrato de acuerdo a las mismas.»

Se achaca a esta cláusula que infringe los principios de precio cierto y de que la ejecución del contrato no puede someterse a indicaciones posteriores a su celebración. Estas alegaciones no pueden acogerse; no es contrario al principio del precio cierto que el precio inicialmente fijado pueda sufrir alteraciones en el futuro en aplicación de una cláusula ya fijada en el contrato que se aplica con independencia de la voluntad de las partes, que no tienen que llegar a un



nuevo pacto para hacerla efectiva o que, como en este caso, que depende de la actuación de una de las partes con consecuencias negativas solo para ella misma. Lo que proscribiera el principio del precio cierto es que el precio pueda ser libremente alterado por una de las partes o por un nuevo acuerdo entre ellas, pero no es éste el supuesto analizado. Tampoco se infringe el principio de no someter la ejecución del contrato a indicaciones posteriores a su celebración (artículo 2.2 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), pues no existen aquí tales indicaciones, sino solo aplicación de una estipulación ya prevista en el contrato. Debe señalarse, por si pudiera ser útil en el caso de que se optara por dar una nueva redacción a la estipulación, que el artículo 89.1 del TRLCSP establece que «no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.» El artículo 2 b) de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que dio su actual redacción al citado artículo 89.1 TRLCSP, establece que se entiende por revisión no periódica «cualquier modificación de valores monetarios que no tenga carácter periódico o recurrente». No obstante, dicho artículo no es aún aplicable, por lo que no incide sobre la validez de la estipulación, pero podría serlo, en su caso, cuando se dé nueva redacción a los pliegos (ver la Disposición Transitoria, apartado 1, de la Ley 2/2015, así como la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación del nuevo régimen jurídico de revisión de precios creado como consecuencia de la D.A. 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014 y la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española).

DÉCIMO: En conclusión con lo señalado en las letras d) (configuración del acuerdo marco y de los contratos en él basados), e) (solvencia de los licitadores), f) (exigencia de garantía definitiva) y h) (modificaciones contractuales) del fundamento jurídico anterior y habida cuenta de que en algunos casos se trata de contenidos que se repiten en varias cláusulas, deben anularse las siguientes estipulaciones de los pliegos:

1) El cuarto párrafo de la cláusula 18 de la carátula del PCAP, el inciso «los pedidos de los productos objeto de esta contratación se realizarán a cualquiera de las



empresas adjudicatarias, sin que exista orden de preferencia entre ellas» de la cláusula 30.2 de la carátula del PCAP y el tercer párrafo de la cláusula 20 del PPT.

2) La cláusula 29.2 de la carátula del PCAP.

3) Cláusula 7.2 de la carátula del PCAP y cláusula 13 del PPT.

4) Los párrafos segundo y tercero de la cláusula 18 de la carátula del PCAP y las cláusulas 18 y 20 (párrafos primero y segundo) del PPT.

5) La cláusula 21 de la carátula del PCAP y las cláusulas 8.6, 8.7 y 9 del PPT.

6) La cláusula 29.2 de la carátula del PCAP.

Asimismo, debe anularse el anuncio de licitación (ver letras d) y e) del Fundamento de Derecho Noveno).

El alcance y relevancia de las cláusulas anuladas (artículo 64.2 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común) conlleva la anulación íntegra de los pliegos y el anuncio y la cancelación de todo el procedimiento de adjudicación, que deberá, en su caso, reiniciarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente los recursos interpuestos por NESTLÉ ESPAÑA, S.A. y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES Y



DISTRIBUIDORES DE PRODUCTOS DE NUTRICIÓN ENTERAL (en adelante, AENE), frente a los pliegos y el anuncio que rigen la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro y entrega de productos dietéticos a los centros socio – sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por Osakidetza, anulando los Pliegos y el anuncio de licitación en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Décimo de la presente resolución y cancelando el procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución B-BN 17/2015.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2015eko urriaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de octubre de 2015