



EB 2024/121

Resolución 228/2024, de 9 de diciembre, de la 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ACCORD HEALTHCARE, S.L. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de Pregabalina (DOE), Oxibato de sodio (DOE), Nevirapina (DOE), Levosimendan (DOE) y Natalizumab (DOE)”, tramitado por el Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de julio de 2024 se presentó 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ACCORD HEALTHCARE, S.L. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de Pregabalina (DOE), Oxibato de sodio (DOE), Nevirapina (DOE), Levosimendan (DOE) y Natalizumab (DOE)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El 19 de julio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el 24 de julio de 2024.



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 017/2024, de 28 de agosto este Órgano acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación sin que se suspenda el plazo de presentación de ofertas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.C.G., que actúa en nombre y representación de ACCORD HEALTHCARE, S.L.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP son objeto de recurso especial los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, en concreto de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La cláusula específica 13.2 del Pliego de Cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) relativa a las penalidades por desabastecimiento o suministro defectuoso de medicamentos, tiene la naturaleza de cláusula penal y no de cláusula resarcitoria y debe diferenciarse de la analizada por el OARC / KEAO en su Resolución 118/2017 por las siguientes razones:

- La propia cláusula 31 de las PCAP, que regula las penalidades, se remite a la cláusula 13.2 del PCAP para la previsión de importes. Además, la cláusula 13.2 se titula "penalidades" e indica que establece "penalidades adicionales" con "importes de penalidad diferentes" a los de la LCSP.
- Tiene una finalidad coercitiva, que se desprende del texto de las cláusulas 13.2 del CEPCAP y 13 del PPT, que muestran una clara intención de forzar el cumplimiento del contrato.
- La cláusula 31 de las CGPCAP establece que las penalidades se aplican "sin perjuicio de la obligación de reparación de defectos e indemnización por daños y perjuicios". Esto indica que el objetivo principal de la cláusula 13.2 es coaccionar al cumplimiento, y no simplemente compensar los daños.
- La propia jurisprudencia reconoce que las penalidades, aun cuando puedan ser cláusulas cercanas a las indemnizatorias de daños y perjuicios del ámbito civil, tienen en el ámbito de la contratación pública una evidente naturaleza coercitiva, como cláusulas penales accesorias que pretenden el cumplimiento de la obligación principal del contrato.
- La LCSP, a diferencia del anterior TRLCSP, distingue claramente entre penalidades por incumplimiento, penalidades por demora e indemnización por daños y perjuicios. Esto refuerza la idea de que la cláusula 13.2 del CEPCAP es una penalidad en sentido estricto

b) La cláusula impugnada viola los artículos 192, 193 y 194 de la LCSP por las siguientes razones:

- La penalidad no respeta el principio de proporcionalidad, ya que (i) se calcula en base a la factura total del proveedor alternativo, sin considerar la gravedad del desabastecimiento o la calidad del producto, por lo que no guarda relación con la gravedad del incumplimiento, (ii) el Pliego no establece criterios para la selección del proveedor alternativo, lo que permite a la Administración acudir a proveedores con precios más elevados, incrementando la penalidad sin justificación, (iii) el licitador no puede prever la cuantía de la penalidad al presentar su oferta, ya que desconoce el precio que el proveedor alternativo podría exigir y (iv) la cláusula deja la determinación del importe de la penalidad en manos de un tercero (el proveedor alternativo), sin control por parte del órgano de contratación.
- La penalidad no prevé ningún límite cuantitativo a su posible importe. A diferencia de otras penalidades en el Pliego, no se establece un límite porcentual con relación al precio del contrato, lo que posibilita una penalización desproporcionada
- Ni la memoria técnica ni los informes justificativos de la licitación explican por qué se necesita esta penalidad ni las características especiales del contrato que la justifican, vulnerando lo dispuesto en el artículo 193.3 de la LCSP.
- La cláusula exige al contratista el pago de la factura total del proveedor alternativo, cuando el daño real para la Administración es solo el sobrecoste respecto al precio de adjudicación, con lo que la penalidad excede la compensación del daño real y supone que la Administración obtiene un enriquecimiento injusto a través de la penalidad.

c) Finalmente, solicita la anulación de la penalidad prevista en la cláusula 13.2 de las Condiciones Específicas del PCAP y en la cláusula 13 del PPT del contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) La penalización establecida en la cláusula 13.2 del PCAP, que implica el pago de la factura total del proveedor alternativo en caso de desabastecimiento, no viola el principio de proporcionalidad por las siguientes razones:

- La prioridad de Osakidetza es garantizar el suministro continuo de medicamentos a los pacientes, y no busca intencionalmente proveedores con precios más altos, sino aquellos que puedan suministrar los medicamentos contratados cuando la adjudicataria no lo hace. A este respecto, es la adjudicataria la que tiene el control sobre los tiempos de desabastecimiento y puede evitar que ocurran.
- Ante la urgencia de un desabastecimiento Osakidetza no puede iniciar un nuevo proceso de licitación para encontrar proveedores con precios similares a los de adjudicación, ya que la Constitución Española consagra la libertad de empresa y los proveedores alternativos establecen sus propios precios de mercado.
- Un desabastecimiento breve no genera una factura desproporcionada del proveedor alternativo, pues si es breve, el encargo al proveedor alternativo también lo será, y siendo los contratos de suministro de medicamentos de tracto sucesivo, una factura desproporcionada por un desabastecimiento breve es imposible

b) Reconoce que el artículo 192 de la LCSP exige que las penalidades tengan una cuantía máxima que no supere el 10% del precio del contrato individualmente, ni el 50% del precio total del contrato en su conjunto. Sin embargo, Osakidetza nunca ha impuesto multas que superen estos límites legales a ninguna empresa, incluyendo a ACCORD, a pesar de la frecuencia de sus desabastecimientos contractuales, destacando que no ha presentado ninguna resolución de imposición de penalidad en la que se hayan superado estos porcentajes legales. Por lo tanto, en la práctica, la penalidad se aplica de manera proporcional y dentro de los límites legales, a pesar de que la cláusula 13.2 del PCAP no establezca un límite cuantitativo explícito.

c) La Memoria del expediente sí describe la gravedad de las patologías que se tratan con los medicamentos objeto del contrato, lo que justifica la necesidad de las penalidades para asegurar el suministro continuo de medicamentos esenciales.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente pretende la anulación de la cláusula específica 13.2 del PCAP por contener una cláusula penal contraria a los artículos 192, 193 y 194 de la LCSP. El análisis de la impugnación debe partir del contenido de la cláusula impugnada.

13.- PENALIDADES.

13.1.- Se establecen penalidades adicionales a las previstas en la cláusula 31.1 de condiciones generales: **Sí**

13.2.- Se establecen importes de penalidad diferentes de los dispuestos en el art. 193.3 y 193.4 LCSP por demora en el cumplimiento de plazos: **Si**

En el caso de que por un retraso en el suministro (desabastecimiento) o un suministro defectuoso o no acorde con el que dio lugar a la adjudicación o por cualquier otra circunstancia alguna organización de servicios de Osakidetza tuviera que recurrir a adquirir otro medicamento alternativo a otro proveedor que esté en disposición de realizar el suministro inmediato y así satisfacer las necesidades de salud de los pacientes, el órgano de contratación estará facultado para imponer la siguiente penalidad:

El adjudicatario se hará cargo del abono de toda la factura que se origine de ese proveedor ocasional.

Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la cuestión planteada son las siguientes:

- 1) En la Resolución 118/2017 este OARC / KEAO desestimó el recurso especial interpuesto frente a una cláusula sustancialmente idéntica a la ahora impugnada con los siguientes argumentos:

El análisis de la pretensión debe comenzar por la determinación de la naturaleza de la estipulación, con independencia de que los pliegos la califiquen como cláusula penal al amparo del artículo 212 TRLCSP. Las cláusulas penales tienen un carácter fundamentalmente coercitivo (es decir, la finalidad es estimular el correcto cumplimiento del contrato), por lo que no es su misión procurar el resarcimiento de la Administración por los daños y perjuicios que el incumplimiento del contratista le hubiera causado. En esta línea, el artículo 100 TRLCSP, que se refiere a las obligaciones a cuyo cumplimiento

están afectas las garantías, distingue entre las cantidades debidas por penalidades y las devengadas como indemnización de daños y perjuicios; aún más expresivo es el artículo 99.2 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece que «la aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.» Consecuentemente, no debe aplicarse el artículo 212 TRLCSP a estipulaciones que no tienen la naturaleza de cláusula penal, sino que buscan una función indemnizatoria. Esta última es, a juicio de este OARC / KEAO, la finalidad fundamental de la cláusula impugnada, pues se trata de repercutir al contratista el coste de adquirir a un tercero la prestación objeto del contrato cuando no la ha entregado correctamente y ello causa un problema de desabastecimiento a la Administración; es decir, el órgano de contratación ejecuta “subsidiariamente” la prestación contratada y ello le genera un gasto que traslada al adjudicatario.

A la vista de lo anterior, la base legal de la estipulación no está en el artículo 212 TRLCSP, sino directamente en la libertad de pactos recogida en el artículo 25.1 TRLCSP, cuyos límites (interés público, legalidad y buena administración) se respetan. En particular, se considera que la cláusula es proporcional, pues el importe se fija simplemente en función del coste de adquisición del bien a un tercero, sin que vaya más allá de lo necesario para la consecución de su finalidad. Tampoco puede prosperar la alegación de que los pliegos no contienen mención expresa que distinga entre el incumplimiento imputable a la empresa y el que no lo es. La Resolución 41/2015 del OARC / KEAO ya señalaba que «debe partirse de la base que, salvado el contenido mínimo legal de la documentación contractual, ni la más rigurosa interpretación del principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) o de la exigencia de correcta determinación del objeto del contrato (artículo 86.1 TRLCSP) exigen que los pliegos contengan una solución precisa, predeterminada, clara y unívoca para cualquier posible incidencia que pueda producirse en la ejecución del contrato, pues tales incidencias también pueden resolverse, en el caso de que la regulación de los pliegos sea insuficiente, mediante los medios de integración de las lagunas del contrato legalmente previstos (artículo 19.2 TRLCSP) y teniendo en cuenta las facultades de interpretación unilateral y aclaración de dudas que asiste al órgano de contratación (artículo 210 TRLCSP). Solo si el contenido de los pliegos fuera tan parco o tan confuso que se pusieran en peligro la correcta fijación del objeto del contrato o de las obligaciones esenciales de las partes u otros principios básicos de la contratación pública podría producirse un vicio de invalidez; fuera de estos casos, la falta de prescripciones concretas para afrontar supuestos hipotéticos que puedan ocurrir en la ejecución del contrato solo puede, como mucho, merecer un reproche por utilizarse una técnica jurídica deficiente, lo cual no es, por sí solo, una infracción del Ordenamiento jurídico.”

2) Los argumentos expuestos en la Resolución 118/2017 reproducidos en el apartado 1) anterior, son plenamente aplicables a la cláusula ahora impugnada. En particular:

- En contra de lo alegado por el recurrente, el marco legal aplicable a las cláusulas penales y resarcitorias no ha variado en la LCSP respecto a la regulación contenida en el derogado TRLCSP. Así, el contenido del artículo 212 “Ejecución defectuosa y demora” del TRLCSP, se ha distribuido en la LCSP por razones sistemáticas y de claridad sin apenas modificaciones en dos artículos: el artículo 192 “Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso” y el artículo 193 “Demora en la ejecución”. Asimismo, el contenido del derogado artículo 100 del TRLCSP se reproduce sin cambio significativo alguno en el artículo 110, letras b) a e) de la LCSP.
- El recurrente alega que la finalidad de la cláusula es coercitiva. No obstante, al igual que en la cláusula analizada en la Resolución 118/2017, se observa que trata de repercutir al contratista el coste de adquirir a un tercero la prestación objeto del contrato cuando exista un incumplimiento parcial por retraso (desabastecimiento) o un suministro defectuoso. Esto es, se pretende que el gasto que le ocasiona al poder adjudicador un incumplimiento parcial del contrato que le obliga a acudir a un suministrador ajeno para garantizar la continuidad en el suministro sea trasladado a quien lo ha ocasionado. Por tanto, su función principal es que el suministro de los medicamentos no se vea interrumpido y que la administración no tenga que soportar el gasto que conlleva su restablecimiento por un tercer proveedor, y no el de sancionar económicamente la interrupción, lo cual constituye una medida resarcitoria más que una medida coercitiva.
- La ubicación sistemática de la estipulación impugnada, así como su calificación en los pliegos de cláusula penal es indiferente porque lo relevante es su finalidad o funcionalidad para, así, poder deducir las correspondientes consecuencias jurídicas. A este respecto, dar validez

a la calificación que de la cláusula efectúa el poder adjudicador equivaldría a afirmar que la naturaleza jurídica de la estipulación puede depender única y exclusivamente de la denominación dada a la misma, conclusión que sería inaceptable porque su verdadera naturaleza debe interpretarse conforme al ordenamiento jurídico y no al *nomen iuris*.

- La recurrente discrepa de lo manifestado en la Resolución 118/2017, pero las consideraciones que contiene el recurso no desvirtúan la naturaleza resarcitoria de la cláusula impugnada ni, en consecuencia, la posibilidad de que pueda ser insertada en un contrato público sobre la base de la libertad de pactos recogida en el artículo 34.1 de la LCSP, remitiéndonos en lo que respecta a la proporcionalidad de la medida a lo manifestado en la citada Resolución.

- 3) A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, el recurso debe ser desestimado sin que proceda el análisis del resto de argumentos que contiene el recurso que se basan todos ellos en el presupuesto del carácter penal de la cláusula impugnada.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ACCORD HEALTHCARE, S.L. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de Pregabalina (DOE), Oxibato de sodio (DOE), Nevirapina (DOE), Levosimendan (DOE) y Natalizumab (DOE)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

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 esta (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko abenduaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de diciembre de 2024