



**EB 2017/121**

**Resolución 118/2017, de 8 de noviembre de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial interpuesto por NUTRICIA S.L.R. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Suministro y distribución de productos dietéticos a los centros sociosanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud / Osakidetza.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 2 de octubre de 2017, la empresa NUTRICIA S.L.R. interpuso un recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Suministro y distribución de productos dietéticos a los centros sociosanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud / Osakidetza (en adelante, Osakidetza).

**SEGUNDO:** El mismo día de su recepción se trasladó el recurso al poder adjudicador, solicitándole que remitiera el expediente del contrato y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP), los cuales se recibieron en el registro del órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) los días 10 y 25 de octubre, respectivamente.

**TERCERO:** No constan en el expediente interesados distintos del propio recurrente y del poder adjudicador.



**CUARTO:** Mediante Resolución B-BN 20/2017, de 11 de octubre, el titular del OARC / KEAO suspendió cautelarmente la tramitación del procedimiento.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Constan la legitimación del recurrente y la representación de Don T.J. C.V., que actúa en su nombre.

**SEGUNDO:** El objeto del recurso es un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que se incluye dentro del ámbito del recurso especial (artículo 40.1 a) del TRLCSP).

**TERCERO:** Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación». El acto recurrido es el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato.

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

**QUINTO:** El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**SEXTO:** La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) El criterio de adjudicación “Sabores” establece que “la empresa que presente más sabores diferentes obtendrá 3 puntos. Mediante una regla de tres se calculará la puntuación del resto de las empresas”; el recurrente estima que es un criterio muy limitado, que limita el acceso a la licitación, que es contrario a los principios de no discriminación e igualdad de trato y que no se vincula directamente con el objeto del contrato, como sí lo hacen la calidad y la



composición nutricional de los alimentos de usos médicos especiales, que son los criterios habitualmente utilizados para la adquisición de los productos objeto del contrato; el recurso alega que el criterio impugnado no identifica ninguna ventaja adicional en la ejecución del contrato ni ayuda a satisfacer las necesidades de la Administración.

b) La penalidad prevista en la cláusula 14 de la carátula del PCAP, que prevé que el contratista deba hacerse cargo del abono de las facturas de los proveedores ocasionales a los que el poder adjudicador deba acudir en el caso de suministro tardío o defectuoso, excede de lo establecido en el artículo 212.4 TRLCSP, no es proporcionada y no distingue si el desabastecimiento está o no originado por causa imputable al adjudicatario.

c) Finalmente, se solicita la anulación del criterio denominado “Sabores” y de la cláusula 14 de la carátula del PCAP.

**SÉPTIMO:** El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso por las razones que a continuación se resumen:

a) Se alega la libertad que asiste al órgano de contratación para fijar los criterios de adjudicación y que la calidad de los productos ya está garantizada por los requisitos técnicos mínimos; la variedad de sabores está vinculada con la satisfacción y el bienestar de los pacientes, reduce la monotonía de la dieta y aumenta la adherencia a la misma; asimismo, entre los fabricantes que ofertan productos saborizados incluidos en el nomenclátor figura la recurrente.

b) El poder adjudicador entiende que la necesidad de que la penalidad se base en una causa imputable al contratista debe sobreentenderse aunque no se mencione expresamente en la cláusula 14 impugnada, y que la importancia de las necesidades sanitarias que el contrato pretende satisfacer hace que la gravedad del desabastecimiento justifique la proporcionalidad de la estipulación.



**OCTAVO:** El primer apartado de la carátula del PCAP impugnado es el criterio de adjudicación “Sabores”, referido a los lotes 5-7-14-16-20-21-22-23-24 y 29 y cuya descripción (cláusula 30.2.1.1.C) es la siguiente:

30.2.1.1.C	<b>Sabores</b>		<b>3</b>
	<i>La empresa que presente más sabores diferentes obtendrá 3 puntos.</i> <i>Mediante una regla de tres se calculará la puntuación del resto de las empresas.</i> <i>Los sabores combinados, (por ejemplo sabor albaricoque-melocotón, frutas del bosque...) se considerarán cómo un único sabor.</i> <i>El neutro se considerará un sabor.</i>	<b>3</b>	

Este OARC / KEAO ha señalado (ver, por ejemplo, su Resolución 131/2016) que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) considera que, siempre que se respeten los preceptos del Derecho de la Unión, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar su ponderación (STJUE, de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651 apartados 37 y 39 y STJUE de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 68). El recurrente alega que el criterio “Sabores” infringe varios de esos preceptos, tal y como los incorpora el TRLCSP, en concreto los principios de libre acceso e igualdad y no discriminación y la obligación de que dicho criterio esté vinculado al objeto del contrato e identifique una ventaja económica adicional para el poder adjudicador.

Analizada la cláusula impugnada, se observa que está redactada en términos generales y abstractos, sin que se refiera ni beneficie o perjudique arbitrariamente a ningún potencial licitador o grupo de licitadores, y que su peso relativo en la adjudicación tan solo del 3%, estando los productos



saborizados, algunos de ellos fabricados por el recurrente, ampliamente difundidos en el mercado. Por todo ello, no consta que exista ninguna discriminación o limitación indebida del acceso a la contratación de la que, de hecho, NUTRICIA no aporta prueba alguna. Además, es claro que no se trata de una opción caprichosa del órgano de contratación pues, como señala el poder adjudicador, la saborización variada supone mayor satisfacción a los usuarios del producto y facilita el correcto seguimiento de la dieta, lo que justifica la inserción del criterio.

Tampoco pueden aceptarse las alegaciones de que el criterio de adjudicación no está vinculado al objeto del contrato y no identifica una ventaja adicional en la ejecución de la prestación; téngase en cuenta que una de las especificaciones técnicas se refiere a la saborización de los productos (ver el apartado 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas). Por otro lado, el objeto del contrato consiste precisamente en la adquisición de un suministro cuyo consumidor o destinatario directo no es el propio poder adjudicador sino un grupo de ciudadanos. Por ello, un criterio que premia las ofertas que mejor satisfagan las necesidades de los beneficiarios de la prestación está claramente vinculado con el objeto contractual e identifica un aspecto de las proposiciones que incrementa sus ventajas económicas. Así lo reconoce el artículo 150.1 TRLCSP cuando cita como ejemplo de criterio legalmente correcto el relacionado con características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población a las que pertenezcan los beneficiarios de las prestaciones a contratar. A mayor abundamiento, el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24, que goza de efecto directo,<sup>1</sup> establece que el requisito de la vinculación se cumple cuando el criterio se refiere a cualquier momento del ciclo de vida del producto, incluido, por lo tanto, el momento en el que éste se consume.

---

<sup>1</sup> Ver el documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos”, disponible en el siguiente enlace: [https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria\\_y\\_doctrina\\_oarc/es\\_def/adjuntos/Efectos\\_juridicos\\_de\\_Directivas.pdf](https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf)



Consecuentemente, este motivo de recurso debe desestimarse.

**NOVENO:** El recurrente impugna también la cláusula penal contenida en el punto 14 de la carátula del PCAP, que establece lo siguiente:

«14.- PENALIDADES. Podrán imponerse penalidades por los cumplimientos defectuosos e incumplimientos contemplados en el artículo 212 del TRLCSP.

Se establecen penalidades por demora respecto del plazo total, distintas a las establecidas en el apartado 4 del artículo 212 del TRLCSP (sí/no, en caso afirmativo indicárlas): 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 algún centro socio-sanitario de la CAPV tuviera que recurrir a adquirir el mismo producto dietético u otro de similares características 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. Para la elección de este proveedor alternativo se recurrirá a las oficinas de farmacia.

Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.

El órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del contrato cuando el número de incidencias durante la vigencia del contrato sea superior a tres.



Cara al cómputo del número de incidencias, cuando el episodio de desabastecimiento de un pedido mensual afecta a más de un centro socio-sanitario, se computará como una sola incidencia.”

NUTRICIA alega que se trata de una cláusula penal desproporcionada y contraria al artículo 212 TRLCSP; asimismo, se considera reprochable que no se distinga si el desabastecimiento es o no imputable al contratista.

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.»

Por ello, este motivo de impugnación también debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen  
Administrazio Organoaren titularra:

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Desestimar recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Suministro y distribución de productos dietéticos a los centros sociosanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud / Osakidetza.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión cautelar de la tramitación del procedimiento acordada mediante la Resolución B-BN 20/2017, de 11 de octubre.

**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, 2017ko azaroaren 8a**

Vitoria-Gasteiz, 8 de noviembre de 2017

