



Recurso nº 956/2022 C. Valenciana 239/2022

Resolución nº 1068/2022

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 15 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.B.J., en representación de FARMAINDUSTRIA, ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA, contra los pliegos de la licitación convocada por el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón para contratar el “*Suministro de varios medicamentos comercializados en exclusividad por lotes para el servicio de farmacia del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón*”, expediente 16/2022; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 25 de junio de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) la licitación del “*Suministro de varios medicamentos comercializados en exclusividad por lotes para el servicio de farmacia del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón*”, expediente 16/2022, convocado por dicho Consorcio, dividido en 15 lotes.

El valor estimado es de 11.991.127,25 €

Segundo. Disconforme con el contenido de parte del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), FARMAINDUSTRIA, ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA (en lo sucesivo, FARMAINDUSTRIA) ha presentado recurso especial en materia de contratación.

Tercero. El órgano de contratación ha emitido informe, oponiéndose a su estimación, conforme a lo establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las



Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 27 de julio de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 27 de julio de 2022 acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente LCSP y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LCSP y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. Con relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Y por lo que respecta a las asociaciones, en el párrafo segundo del citado precepto, se dice expresamente:



“(...) En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

En esa línea y en cuanto a la legitimación de FARMAINDUSTRIA, como asociación, ha de traerse a colación el artículo 24 del RPERMEC, que concreta supuestos especiales de legitimación, estableciendo en su apartado primero lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.

Según el artículo 4.1 de los estatutos de FARMAINDUSTRIA, constituye su fin social:

“(...) la representación y defensa de los legítimos intereses colectivos de las empresas asociadas, la promoción del desarrollo de la industria farmacéutica, en todos sus aspectos, y velar por el respeto de los principios éticos en todo lo relacionado con el medicamento”.

Asimismo, el artículo 5.1 de dichos estatutos dispone que:

“Para la consecución de sus objetivos, la Asociación realizará, entre otras, las siguientes funciones, sin que tal enumeración tenga carácter limitativo:

a) Representar y defender los intereses comunes de sus asociados ante cualesquiera Organismos, Entidades, Instituciones, incluidos tribunales (...).”

Teniendo en cuenta el objeto del contrato, las alegaciones formuladas por la asociación en vía de recurso, y el objeto social transcrito *ut supra*, ha de considerarse legitimada a FARMAINDUSTRIA, en su defensa de tales intereses legítimos colectivos, para interponer el recurso.



Tercero. El recurso se dirige contra un contrato de suministro que supera el valor estimado establecido en el artículo 44.1 a) de la LCSP y un acto susceptible de impugnación (el PCAP), contemplado específicamente en el artículo 44.2 a) de la citada Ley.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en el plazo establecido en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. La asociación recurrente circunscribe su recurso al apartado final del Anexo I del PCAP que lleva la rúbrica de “*Observaciones*” en el que se recoge una obligación esencial del contratista, causas específicas de resolución del contrato y causas de modificación del mismo.

Entre las causas de resolución del contrato, además de las establecidas en la LCSP, se recoge en el pliego la “*pérdida de exclusividad originada por la aparición de un genérico o biosimilar con un precio más ventajoso que el original a no ser que se produzca una equiparación de precios*”. Afirmo FARMAINDUSTRIA que esta causa de resolución es distinta de las establecidas en los artículos 211, 245 y 306 de la LCSP y las causas de resolución del contrato son sólo aquellas que con carácter tasado se recogen en la citada norma. Recuerda que entre la regulación anterior del TRLCSP y la vigente LCSP existe una diferencia en el tratamiento de esta materia. En la regulación anterior, se recogía una cláusula residual que otorgaba al órgano de contratación un margen de discrecionalidad, al incluir como causas de resolución, las establecidas expresamente en el contrato, lo que ha desaparecido en la LCSP y, por tanto, no es posible que el órgano de contratación establezca causas distintas a las previstas en la norma. Cita en apoyo de su tesis, dos resoluciones de este Tribunal y un informe del Consejo Consultivo de Andalucía. Concluye este punto indicando que la exigencia de mantener la exclusividad de la comercialización del medicamento, so pena de la resolución del contrato, vulneraría también las reglas de duración del mismo, pues no es posible dejar ésta en una fecha sin concretar. Además, la pérdida de exclusividad de un medicamento no implica que éste no se pueda seguir suministrando. Esta causa de resolución podría repercutir negativamente en los pacientes, al sustituirse sus tratamientos por razones puramente economicistas.

Por lo que se refiere a las causas de modificación, se establecen en el pliego, además de las previstas en la LCSP, las siguientes:



“- Reducción del precio del medicamento como consecuencia de ampliación de indicaciones en la ficha técnica.

- Reducción del precio del medicamento por actualización de las deducciones obligatorias establecidas por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

- Reducción del precio del medicamento, en los casos en que el adjudicatario minore el precio, o realice abonos contables por consumos o bonificaciones con entrega de unidades adicionales del producto adquirido.

- Las que se deriven de los acuerdos adoptados por el Ministerio de Sanidad y Consumo.”

La recurrente alega que esta regulación vulnera el artículo 204 de la LCSP en la medida en que no concreta en qué términos tendrá lugar la modificación. El precepto citado exige que la cláusula de modificación esté redactada de forma clara, precisa e inequívoca y debe expresar con el suficiente detalle, su alcance, límites y naturaleza, las condiciones en las que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias que puedan verificarse de forma objetiva y el procedimiento que haya de seguirse. Añade el precepto que la modificación no podrá en ningún caso suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios.

De hecho, la causa de modificación referida a los acuerdos adoptados por el Ministerio de Sanidad y Consumo no determina a qué afectaría dicha modificación, si a la duración del contrato, al precio, a las prescripciones técnicas o a cualquier elemento del contrato, lo que afecta a los licitadores que han de presentar sus ofertas sin tener todos los elementos de juicio para ello. Con dicha cláusula se permite modificar el contrato en virtud de la voluntad del Ministerio de Sanidad en aspectos no sólo totalmente indeterminados, sino también fuera del ámbito de la presente licitación. Por otra parte, la cláusula ni siquiera señala nada respecto del límite máximo de la licitación, que el artículo 204 de la LCSP fija en un 20%.

Añade que la cláusula, además de lo apuntado, vulnera la regulación de los artículos 102.1 y 135.f) de la LCSP que consagran el principio de precio cierto. Es consciente de que precio cierto no es sinónimo de precio fijo, pues el precio cierto admite variaciones, pero, en todo



caso, ha de ser determinable. La LCSP sólo permite la revisión de precios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 102.5 y la variación de precios en el apartado 6 del mismo precepto. Mientras la revisión obedece a la evolución económica de los costes, incremento de precios u otros agentes externos, la variación opera bajo elementos internos de la ejecución del contrato, en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos, rendimiento, calidad, entre otros.

La cláusula que se impugna no encaja en ninguno de los supuestos previstos para la variación del precio del contrato durante su ejecución.

Sexto. El órgano de contratación, en relación con la pérdida de exclusividad como motivo de resolución del contrato, sostiene que supone una seguridad jurídica tanto para el órgano de contratación como para el contratista, tal y como se ha puesto de manifiesto por otras administraciones públicas en recursos similares ante este Tribunal y cuyos argumentos comparten. Cuando se produzca la comercialización de nuevos medicamentos genéricos o biosimilares, la Administración puede proceder a la iniciación de un procedimiento de resolución por desistimiento. La cláusula se integra en el desistimiento de la Administración, con el fin de favorecer el interés público y el ahorro económico. Afirma que el Consejo de Estado ha configurado el ahorro económico para la Administración como una causa suficientemente motivada para proceder a la resolución del contrato, declarando el desistimiento del mismo por el procedimiento legalmente previsto, siempre por razones de interés público y como solución excepcional. La aparición de biosimilares o genéricos que puedan producir el mismo efecto terapéutico y a la vez una reducción de costes sanitarios, es causa suficiente para la resolución de los contratos por la causa impugnada.

Concluye señalando que, con la cláusula cuestionada, no se pretende establecer una cláusula de resolución distinta de las establecidas en el artículo 306 de la LCSP, sino determinar una causa específica de desistimiento unilateral y es la interpretación que, en uso de su prerrogativa, la Administración otorga a dicha cláusula. Esta no opera de forma automática, sino que es necesario tramitar un procedimiento en el que quede acreditada la posibilidad de adquirir medicamentos biosimilares o genéricos, que produzca un ahorro económico y que tengan la misma eficacia sanitaria.



Por lo que se refiere a las cláusulas de modificación, el órgano de contratación afirma que hay que tener en cuenta las peculiaridades del mercado de medicamentos. Se trata de un sector hiperregulado que, en ocasiones, tiene difícil anclaje en la LCSP, especialmente en la regulación de la compra pública hospitalaria de los medicamentos con derecho de patente en vigor, que no encaja fácilmente en los contornos de un contrato público de suministro.

Añade que la Ley del Medicamento ha establecido la financiación pública de determinados medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, utilizando la fijación administrativa de precios. La intervención del precio de los medicamentos tiene como finalidad permitir el acceso más amplio posible de los ciudadanos a los medicamentos necesarios para el cuidado de su salud, es decir, está vinculada al derecho constitucional a la protección de la salud.

Las causas de modificación previstas en la cláusula mencionada vienen determinadas por la normativa del sector del medicamento, no siendo necesaria más concreción.

Séptimo. Lo que se plantea en este recurso es, por tanto, la adecuación de la regulación de las causas de resolución y modificación del contrato en el PCAP a lo dispuesto sobre estas materias en la LCSP.

En relación con la resolución, el pliego prevé:

“Se considerarán causas específicas de resolución de contrato las establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como las que se determinan a continuación, valorables a juicio del órgano de contratación:

1.- Pérdida de exclusividad originada por la aparición de un genérico o biosimilar con un precio más ventajoso que el original a no ser que se produzca una equiparación de precios.

2.- La adhesión a expediente de compra centralizada de la Central de Compras de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública.”



Como es sabido, el artículo 211.1 de la LCSP establece que:

“Son causas de resolución del contrato:

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

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

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

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

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

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

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

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

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

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



g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

h) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.

i) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.”

Hemos declarado en varias resoluciones, entre otras en la Resolución nº 80/2022, nº 1442/2021, nº 1581/2020 y nº 282/2020, que, a diferencia de la posibilidad que establecía la letra h) del artículo 223 i) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de añadir, además de las causas de resolución de contrato allí señaladas y las que específicamente también se señalaban en la citada Ley para cada categoría de contrato, otras distintas que podían establecer los órganos de contratación o las entidades contratantes en el PCAP o pliegos de condiciones particulares, en función y específicamente para el contrato que se adjudicaba (*“Las establecidas expresamente en el contrato”*), sin embargo, esta última posibilidad de añadir causas de resolución del contrato, ha desaparecido en el artículo 211.1 de la vigente LCSP.

Por tanto, la situación actual es sumamente restrictiva, *ex lege*, a admitir la creación de cláusulas en los pliegos que introduzcan causas de resolución del contrato diferentes a las señaladas en la LCSP y así este Tribunal ha anulado distintas cláusulas que contravenían dicha prohibición, como así hicimos en las resoluciones antes citadas y en otras tantas.

En el caso que se somete a conocimiento de este Tribunal, el órgano de contratación, con motivo del recurso, ha señalado que la Administración no ha pretendido establecer una



causa distinta de resolución de contrato, sino establecer unas causas específicas de desistimiento unilateral.

Pues bien, el desistimiento en los contratos de suministro, una vez iniciada la ejecución del contrato (el que se produce antes de la formalización del contrato, viene regulado en el artículo 152 de la LCSP), como el que pretende establecer el órgano de contratación en el pliego en el contrato en controversia, si bien no viene contemplado específicamente como causa general de resolución del contrato en el artículo 211.1 de la LCSP, la citada Ley sí lo contempla como causa de resolución por aplicación del apartado h del citado precepto (“h) *Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley*”), en relación con el artículo 306 a), que para los contratos de suministro establece que:

“Artículo 306. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato de suministro, además de las generales, las siguientes:

a) El desistimiento antes de la iniciación del suministro (...)

En consecuencia, determinándose en la LCSP que el desistimiento es causa expresa de resolución del contrato, no es necesario que se hubiera hecho así constar en el PCAP para que el órgano de contratación hubiera podido ejercer esta posibilidad de resolver el contrato, previa la adopción del oportuno acuerdo.

Otra cuestión es que el órgano de contratación, como ahora se nos dice, haya pretendido establecer, con carácter anticipado, unas causas específicas de desistimiento, pero tampoco ha aclarado si las introducidas en el pliego pretenden ser las únicas que pueden posibilitar dicho desistimiento o éste puede darse por otras causas distintas. En todo caso, el desistimiento necesita de una motivación reforzada antes de su adopción, pues genera una consecuencia tan extrema como es la extinción del contrato. En consecuencia, si el órgano de contratación pretendía ya fijar en el PCAP como causas específicas de desistimiento la pérdida de exclusividad por aparición de un medicamento genérico o biosimilar o la adhesión posterior a expediente de compra centralizada de la Central de Compras de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, debió motivarlo



adecuadamente en el expediente de contratación (y no con motivo del recurso) y establecerlo específicamente con total claridad como causas específicas de desistimiento.

En este sentido, la literalidad de lo establecido en el apartado de “Observaciones” del cuadro de características del PCAP se contradice con lo que ahora afirma el órgano de contratación en el informe sobre el recurso:

“Se considerarán causas específicas de resolución de contrato las establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como las que se determinan a continuación, valorables a juicio del órgano de contratación:

1.- Pérdida de exclusividad originada por la aparición de un genérico o biosimilar con un precio más ventajoso que el original a no ser que se produzca una equiparación de precios.

2.- La adhesión a expediente de compra centralizada de la Central de Compras de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública”. (los subrayados son nuestros).

Por tanto, ha sido la redacción del PCAP, en principio, clara y terminante en su literalidad, acerca de la introducción de dos causas añadidas de resolución de contrato a las generales, la que ha provocado la reacción de un licitador y, en definitiva, la interposición del presente recurso al entender que se oponían a la LCSP.

Sobre el alcance de este tipo de cláusulas, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en algunas ocasiones. En la Resolución nº 1442/2021, estimamos el recurso al considerar que:

“Tal y como está redactada la cláusula (...), introduce una causa nueva especial de resolución del acuerdo marco y de los contratos basados distinta a las establecidas en el artículo 306.b) de la LCSP (no es una causa de desistimiento del contrato en ejecución unilateral de la entidad contratante sujeta al régimen de efectos del artículo 307).



Procede, por consiguiente, estimar el motivo para que se suprima esa causa especial de resolución, sin perjuicio de que, si se quiere configurar como una causa específica de desistimiento, se redacte correctamente y con la debida precisión.”

Es decir, se anuló la cláusula no porque el órgano de contratación no pudiera desistir del contrato por esa causa, sino por haberla configurado como supuesto de resolución.

La consecuencia es que la cláusula en controversia ha introducido una confusión y una incertidumbre que debe ser resuelta por el órgano de contratación mediante su modificación para aclarar y concretar si los supuestos que contempla dicha cláusula se refieren, efectivamente, a supuestos específicos de desistimiento, ya que, además, como antes hemos expuesto, los supuestos introducidos no pueden considerarse legalmente como causas de resolución de contrato.

Todo lo expuesto, motiva la estimación del recurso, la anulación de la parte del apartado “*Observaciones*” que antes hemos transcrito y la consecuente retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la aprobación del PCAP.

Octavo. La segunda cuestión planteada es la relativa a las causas de modificación del contrato. El pliego establece que:

“Se considerarán causas modificativas del contrato las establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como las que se determinan a continuación a juicio del órgano de contratación:

- *Reducción del precio del medicamento como consecuencia de ampliación de indicaciones en la ficha técnica.*
- *Reducción del precio del medicamento por actualización de las deducciones obligatorias establecidas por el Ministerio de Sanidad y Consumo.*
- *Reducción del precio del medicamento, en los casos en que el adjudicatario minore el precio, o realice abonos contables por consumos o bonificaciones con entrega de unidades adicionales del producto adquirido.*



- *Las que se deriven de los acuerdos adoptados por el Ministerio de Sanidad y Consumo.*

En estos casos, se deberá adecuar el precio del medicamento afectado al importe final que resulte, tras la reducción operada por cualquiera de las causas descritas anteriormente.”

Por su parte el artículo 204.1 de la LCSP dispone:

“Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes:

a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.

b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.”

En relación con ello, este Tribunal ha dictado resoluciones, pero relacionadas con Acuerdos Marco. Así, la Resolución nº 1442/2021 enjuiciaba una cláusula que preveía que:



“Si durante la vigencia del Acuerdo Marco el adjudicatario viniera a ofertar unas condiciones económicas más ventajosas a las incluidas en el Acuerdo Marco en vigor, como consecuencia de situaciones sobrevenidas que no pudieron preverse en el momento de presentar las ofertas, se procederá a modificar el contrato de acuerdo a las mismas por razones de interés público.”

Respecto de esta cuestión nos remitimos a la Resolución nº 282/2020 que, con ocasión del análisis de una cláusula prácticamente idéntica a ésta, señaló:

“(…) esta cláusula no es sino la aplicación al presente Acuerdo Marco de lo que establece el artículo 193.5 e) del Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual el órgano de contratación determinará en el PCAP, en particular, los siguientes aspectos específicos: “e) Obligación de los adjudicatarios de aplicar a los bienes durante la vigencia del contrato de adopción del tipo, los precios y condiciones con que concurren en el mercado si mejoran los de adjudicación, siempre que las circunstancias de la oferta sean similares. Los adjudicatarios vendrán obligados a comunicar al citado centro directivo los nuevos precios y condiciones para su aplicación generalizada a los sucesivos suministros del tipo”.

Las condiciones económicas más ventajosas podrán realizarse, tanto por los ya adjudicatarios de los contratos basados como lo que no lo sean y, en consecuencia, podrían influir en la adjudicación de los contratos basados si el precio es uno de los criterios de adjudicación. Todo lo cual se considera conforme a Derecho, por lo que el presente motivo debe ser rechazado.”

Sin embargo, en este caso, el órgano de contratación no ha licitado un acuerdo marco que, como es sabido es una forma de racionalización técnica de la contratación consistente en preestablecer una serie de condiciones o términos que serán comunes a todos los contratos basados en ese acuerdo marco. Este sistema permite simplificar la gestión de los contratos y facilitar la adhesión de organismos o entidades, así como de Comunidades Autónomas y Entidades Locales.



Por el contrario, se optó por licitar el suministro a través del procedimiento abierto, por lo que no resulta de aplicación la previsión especial analizada en las resoluciones citadas, sino la general del artículo 204.1 b) sobre modificaciones previstas en el pliego, en el sentido de que:

“La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.”

Esta advertencia no figura en el apartado “Observaciones” del Anexo I del PCAP.

Pero, además, si se analiza la redacción de las cuatro nuevas causas de modificación previstas en el pliego, no cumple ninguna con los requisitos que impone el artículo 204.1 de la LCSP que recordemos, exigen, en resumen, por lo que atañe a la controversia de este recurso que (los subrayados son nuestros):

- La cláusula se formule de forma clara (perfectamente comprensible y entendible para cualquier licitador), precisa e inequívoca.
- Precise con el suficiente detalle las condiciones (detectables de manera objetiva), el alcance y los límites de la modificación.
- Se precise el procedimiento para llevar a cabo la modificación.
- Se establezca que la modificación no puede suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La modificación incluida en el apartado “Observaciones” del Anexo I del PCAP introduce las siguientes modificaciones:

“a) Reducción del precio del medicamento como consecuencia de ampliación de indicaciones en la ficha técnica.

b) Reducción del precio del medicamento por actualización de las deducciones obligatorias establecidas por el Ministerio de Sanidad y Consumo.



c) Reducción del precio del medicamento, en los casos en que el adjudicatario minore el precio, o realice abonos contables por consumos o bonificaciones con entrega de unidades adicionales del producto adquirido.

d) Las que se deriven de los acuerdos adoptados por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

En estos casos, se deberá adecuar el precio del medicamento afectado al importe final que resulte, tras la reducción operada por cualquiera de las causas descritas anteriormente.”

La redacción de todas las causas es tan genérica e imprecisa que no cumplen mínimamente los requisitos que impone el artículo 204.1 de la LCSP.

Ni se señala con respecto a la primera causa de modificación, el porcentaje y alcance de la reducción del precio, a qué medicamento se refiere, si a uno en concreto o a todos los que componen el objeto del contrato especificados en el Pliego de Prescripciones Técnicas y qué ha de entenderse por “*actualizaciones de las deducciones obligatorias*” para que cualquier licitador entienda de manera objetiva e inequívoca cuando se daría este supuesto.

Para la segunda causa de modificación, tampoco se señala el porcentaje y alcance de la reducción del precio y qué ha de entenderse y el alcance y límites de lo que denomina “*actualización de las deducciones obligatorias*”.

En la tercera causa, al igual que las anteriores, se habla sin más de la “*reducción del precio*” y tampoco se precisa en qué consiste la minoración del precio por el adjudicatario y si la modificación se produce ante cualquier reducción de cualquier medicamento o cuál es su alcance y límites. Tampoco se perfila mínimamente a que se refiere con “*abonos contables por consumos o bonificaciones con entrega de unidades adicionales del producto adquirido*” y qué requisitos han de darse para que tenga lugar la posibilidad de modificación.



Y, desde luego, la última causa es la más imprecisa porque está redactada en términos tan genéricos y abiertos que, en principio, ampararía a cualquier tipo de acuerdo (en el ámbito del contrato y fuera de él) sin límite alguno.

Aparte de lo ya precisado, de la lectura de cada una de las cláusulas, no estima este Tribunal que se cumpla la obligación que impone el artículo 204.1 de la LCSP, en el sentido que *“La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma”*.

Por último, tampoco se fija el procedimiento para llevar a cabo la modificación del contrato.

La consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, origina la estimación de este motivo de recurso, la anulación de las causas de modificación introducidas en el apartado de *“Observaciones”* del Anexo I del PCAP y, en consecuencia, la retroacción del procedimiento hasta el momento anterior a la aprobación del PCAP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. A.B.J., en representación de FARMAINDUSTRIA, ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA, contra los pliegos de la licitación convocada por el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón para contratar el *“Suministro de varios medicamentos comercializados en exclusividad por lotes para el servicio de farmacia del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón”*, expediente 16/2022, anulando la previsión relativa a causas de resolución y de modificación del contrato en el apartado *“Observaciones”* del Anexo I del PCAP y la retroacción del procedimiento de contratación al momento inmediatamente anterior a la aprobación del PCAP.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.