

**Impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público
en el Sector Farmacéutico**

**Criterios de adjudicación. Cumplimiento
del contrato. Especial referencia al Sector
Farmacéutico**

**SEMINARIO
FUNDACIÓN CEFI**

Madrid, 18 de abril de 2018

**Sabiniano Medrano Irazola
EY Abogados**



Sumario

1. Criterios de adjudicación.

- a) Novedades generales.
- b) En particular, impacto en el suministro de medicamentos.

2. Cumplimiento del contrato.

- a) Prerrogativas de la administración.
- b) Penalidades e indemnización de perjuicios causados a la Administración .
- c) Suspensión de los contratos.
- d) Modificación del contrato.
- e) Transmisión de los derechos de cobro.
- f) Resolución del contrato.
- g) Duración y prórroga del contrato.

Criterios de adjudicación

Criterios de adjudicación

a) Novedades generales.

- i. Regulación considerablemente más extensa y pormenorizada.
- ii. Dificultades de inteligencia e interpretación.
- iii. Tensión entre lo preceptivo y lo orientativo.
- iv. Ideas fuerza:

a) Enérgica orientación a la pluralidad de criterios:

“Para lograr este ultimo objetivo (conseguir una mejor relación calidad-precio) por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusion de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato” (Preámbulo).

Art. 145.1: “La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”.

Criterios de adjudicación

a) Novedades generales.

iv. Ideas fuerza:

b) Explícita apuesta por la “calidad”:

Art. 145.1: *“La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”.*

Art. 145.4: *“Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; (...)”.*

c) Impulso de criterios sociales y medioambientales (la contratación no solo sirve para aprovisionamiento sino también es instrumento de políticas públicas).

d) Insistencia en la justificación (en el expediente) de los criterios de adjudicación (art. 116.4, c) y de la elección de las formulas (art. 146.2). En relación con su expresa sujeción a los requisitos del art. 145.5, conduce a una ampliación de las posibilidades de control en vía de recurso.

Criterios de adjudicación

a) Novedades generales.

iv. Ideas fuerza:

- e) Admisión de las mejoras como posible criterio, pero con limitación en caso de preponderancia de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

v. ¿Es preceptiva la pluralidad de criterios?.

Cuestión dudosa.

Sí lo es, como regla general.

Un solo criterio, solo como excepción.

Para los contratos de suministro: la única excepción es cuando *“los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato”*.

Cuando sea un solo criterio, no necesariamente será el precio: *“deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida”* (art. 146.1).

Criterios de adjudicación

b) En particular, impacto en el suministro de medicamentos.

Impacto diferente dependiendo del objeto del suministro:

i. Medicamentos con un solo posible oferente (bajo protección de la patente):

Procedimiento negociado sin publicidad (art. 168,a)/art. 170.2): aunque formalmente hay criterios (art. 166.2), en realidad esto no es relevante, porque la adjudicación tiene lugar tras negociación con un solo oferente.

ii. Medicamentos con diversos oferentes y configuración del objeto con medicamentos que cumplen los criterios de pertenencia al mismo conjunto o agrupación homogénea:

Posible aplicación del art. 145.3, f):

“... los productos a adquirir estén perfectamente definidos 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 determinante de la adquisición”.

Aún así, es dudoso: podrían establecerse criterios sobre condiciones de entrega, de devolución, o de índole social o medioambiental.

Criterios de adjudicación

b) En particular, impacto en el suministro de medicamentos.

- iii. Medicamentos con diversos oferentes y configuración del objeto con arreglo a distinto criterio: por ejemplo, la misma indicación.

Es discutible que esto sea jurídicamente factible.

Si se da el caso, lo que queda claro es que, como no concurre el requisito del art. 145.3, f) – los productos son distintos y el precio no puede ser el único factor determinante – rige la regla de pluralidad de criterios.

Los criterios deben perseguir la mejor relación calidad-precio.

Con todo, puede que el pliego establezca una “*quasi subasta*”, primando el criterio precio. Frente a ello:

- Atender al juego de los arts. 145.1 y 145.4:
 - i. Principio de “*la mejor relación calidad-precio*”
 - ii. Mandato a los órganos de contratación de establecer “*criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades*”.

Criterios de adjudicación

b) En particular, impacto en el suministro de medicamentos.

- Juego de los requisitos del art. 145.4, en particular el principio de proporcionalidad (en contraposición con la exclusion de que el precio sea el único criterio: no puede serlo en la práctica).
- Doctrina general del fraude de ley.
- Necesidad de justificación en el expediente.

Cumplimiento del contrato

Cumplimiento del contrato

a) Prerrogativas de la administración.

Se añaden las siguientes prerrogativas (art. 190):

- i. La de declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato.
- ii. La de suspender la ejecución del contrato.
- iii. Las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato (con determinados límites).

Cumplimiento del contrato

b) Penalidades e indemnización de perjuicios causados a la Administración.

Relacionado con la prerrogativa de declarar la responsabilidad del contratista.

Novedades:

- i. En caso de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso se limita el importe a que podrá ascender el total de las penalidades al 50% del precio del contrato (art. 192.1).
- ii. En caso de demora en el plazo total de ejecución, se incrementa el importe de las penalidades diarias hasta 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato (art. 193.3).
- iii. En caso de que las penalidades no cubriesen los daños causados a la Administración se exigirá al contratista indemnización por daños y perjuicios (art. 194.1).
- iv. Ejecutividad inmediata de las penalidades y efectividad mediante deducción del precio o, en segundo lugar, mediante ejecución de la garantía (art. 194.2).

Cumplimiento del contrato

c) Suspensión de los contratos.

Relacionado con la prerrogativa de suspender la ejecución del contrato.

- Se exige su documentación en acta, a cuya extensión el contratista tiene derecho (art. 208.1).
- Se establecen los daños y perjuicios que debe indemnizar la Administración (art. 208.2, a):
 - Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.
 - Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato.
 - Gastos salariales del personal que deba quedar adscrito al contrato durante el periodo de suspensión.
 - Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos cuando se acredite que éstos no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato.

Cumplimiento del contrato

c) Suspensión de los contratos.

- 3% del precio de las prestaciones que debiera haberse ejecutado durante el período de suspensión.
 - Gastos de pólizas de seguros suscritas por el contratista previstos en el pliego, vinculados al objeto del contrato.
- El derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que se reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato (art. 208.2, c).

Cumplimiento del contrato

d) Modificación del contrato.

Nueva regulación, tratando de mejorar sistemática, consistencia y claridad (Arts. 203 a 207)

➤ Modificaciones previstas en el Pliego (art. 204).

- Limitadas al 20% del precio inicial del contrato.
- Deben estar previstas de forma clara, precisa e inequívoca.
- Debe precisarse el alcance, límites y naturaleza de las modificaciones.
- No se permite introducir nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

Cumplimiento del contrato

- Modificaciones no previstas en el Pliego (art. 205).
 - Debe concurrir alguno de los siguientes supuestos:
 - ✓ Añadir prestaciones cuando no sea posible el cambio de contratista por razones económicas o Técnicas y que la modificación no supere el 50% del precio inicial del contrato.
 - ✓ Concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles cuando éstas no hayan podido ser previstas por una Administración diligente, no superen de forma conjunta o aislada el 50% del precio inicial del contrato y no se altere la naturaleza global del contrato.
 - ✓ Que la modificación no tenga carácter sustancial. Se considera sustancial cuando se introduzcan condiciones que, de haberse conocido, hubieran permitido elegir a otro licitador o que se hubiesen presentado más licitadores, se altere el equilibrio en beneficio del contratista de una forma que no esté prevista en el contrato o se amplie el ámbito del contrato cuando se modifique el precio del contrato en más de un 10% (o un 15% en caso de contratos de obras).
 - Las modificaciones deben limitarse a introducir las variaciones estrictamente imprescindibles para responder a la causa que las motiva.
 - Las modificaciones no previstas en el pliego serán obligatorias para el contratista cuando éstas no superen el 20% del precio inicial del contrato.

Cumplimiento del contrato

e) Transmisión de los derechos de cobro.

Algunas novedades de interés (art. 200.5):

- Se establece que las cesiones previas a la relación de la que nazca el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración.
- La Administración podrá oponer frente al cesionario las excepciones causales de la relación contractual.

Cumplimiento del contrato

f) Resolución del contrato.

Algunas novedades:

- Se introduce como causa de resolución del contrato el impago de los salarios a los trabajadores o el incumplimiento de las condiciones previstas en los convenios colectivos (art. 211.1, i). Con carácter general, esta causa de resolución se acordará a instancia de los representantes de los trabajadores de la empresa (art. 212.1, párrafo segundo).
- En caso de que concurran varias causas de resolución con efectos distintos respecto a las consecuencias económicas, se atenderá a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo (art. 211.2).

Cumplimiento del contrato

g) Duración y prórroga del contrato.

Algunas novedades:

- Como hasta ahora, la prórroga necesita estar prevista en el contrato (sin perjuicio del régimen de las modificaciones). Puede entonces acordarse por el órgano de contratación con un preaviso de al menos dos meses (salvo que el pliego establezca uno mayor) (art. 29.2 párrafo segundo).
- No es obligatoria para el contratista si hay demora de más de seis meses en el abono del precio por la Administración (art. 29.2 párrafo tercero).
- En el contrato de suministro, el plazo máximo de duración incluyendo posibles prórrogas es de cinco años (art. 29.4).

Datos de contacto



Sabiniano Medrano Irazola

Socio de EY Abogados

Torre Azca

Raimundo Fernández Villaverde, 65, 28003 Madrid

(+34) 91 572 73 79

Sabiniano.Medranolrazola@es.ey.com