



Expediente: 15/2022

ACUERDO 42/2022, de 13 mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE GASES INDUSTRIALES Y MEDICINALES frente al anuncio de licitación y los pliegos del contrato *OB16/2021. Suministro de gases medicinales en los centros sanitarios dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2022*, licitado por dicho organismo autónomo.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de marzo de 2022, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato *OB16/2021. Suministro de gases medicinales en los centros sanitarios dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2022*.

SEGUNDO.- El 14 de marzo la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE GASES INDUSTRIALES Y MEDICINALES interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al anuncio de licitación y el pliego de dicho contrato.

Con cita de diversas cláusulas del pliego señala que el objeto del contrato comprende, además del suministro de gases medicinales, el mantenimiento, control y los servicios suplementarios a que se refiere el pliego técnico al describir su objeto, imponiéndose al adjudicatario la ejecución de una serie de obras cuyo resultado pasará a ser propiedad del órgano de contratación o de los centros de salud destinatarios de los bienes.

Señala que el precio del contrato se contempla como precios unitarios por gases suministrados, de tal forma que el precio a satisfacer será el resultado de multiplicar el precio unitario adjudicado por el número de unidades suministradas, debiendo englobar los costes necesarios para la ejecución de todas las prestaciones y servicios suplementarios referidos en el pliego técnico.

Alega que las cláusulas del pliego expuestas revelan una serie de infracciones que motivan la interposición de la reclamación y que son las siguientes:

1ª. Los pliegos incluyen prestaciones de suministro, servicio y obra sin observar las exigencias para los contratos mixtos: infracción de los artículos 33 y 59.2.d) de la LFCP, así como de los principios de transparencia y publicidad

Señala que el pliego enumera una serie de obligaciones a cargo del adjudicatario que exceden del estricto suministro (servicio de mantenimiento de diversas instalaciones, centros y elementos; formación del personal del órgano de contratación, tanto del encargado del mantenimiento como del personal sanitario; sistema de televigilancia; y obras para la adecuación de espacios y la construcción de nuevos recintos), incorporando prestaciones de obras y servicios, por lo que la calificación que corresponde al contrato es la de contrato mixto.

Manifiesta que el artículo 33.4 de la LFCP establece que *Sólo podrá celebrarse un contrato mixto cuando las prestaciones que lo componen se encuentren directamente vinculadas entre sí y exijan su consideración como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad.*

Alega que no se cumple con esta exigencia, siendo así que ni el pliego regulador ni sus anexos configuran el contrato como un contrato mixto, y en ningún documento del expediente de contratación se justifica la concurrencia de dichos requisitos (señala, a este último respecto, que no consta ni se ha publicado el informe justificativo de la

necesidad del contrato, por lo que si la referida justificación se encuentra en dicho documento, no ha podido corroborarlo ni analizarlo).

Señala, asimismo, que el artículo 33 de la LFCP establece que para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos se atenderá al carácter de la prestación principal, así como que, para determinar la misma, en el caso de prestaciones de servicios y suministros ha de atenderse a su valor estimado, pero si también concurren prestaciones de obras este no ha de ser necesariamente el criterio determinante para calificar a la prestación como principal.

Alega, a este respecto, que en ningún documento del expediente de contratación figura justificación acerca de qué prestación tiene carácter principal, ni se contiene un desglose presupuestario que permita corroborar el valor de cada prestación, lo que resulta contrario al artículo 34 de la LFCP.

Igualmente, alega que el citado artículo establece la regla de la absorción únicamente en relación con las normas reguladoras de la adjudicación del contrato, no para las que regulan su preparación, por lo que deberían observarse las normas que, respecto del proyecto de obras, se establecen en la regulación de la preparación del contrato de obras de la LFCP, aludiendo a este respecto a lo dispuesto en el artículo 18 de la LCSP. Señala que, sin embargo, en el presente caso no consta que se haya procedido a la elaboración y aprobación del previo proyecto de obra que exige el artículo 162 de la LFCP, ni se justifica que se trate de uno de los supuestos que conforme a dicha ley foral estaría exento de proyecto de obra, ni que se den los condicionantes para la contratación conjunta del proyecto de obra y su ejecución.

Señala que el artículo 59.2.d) de la LFCP establece al regular el contenido de las condiciones particulares que *En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.*

Manifiesta que los pliegos no dan cumplimiento a dicho artículo, sino que únicamente se refieren exclusivamente al tratar de los efectos, cumplimiento y extinción, al régimen propio de los suministros, pero que, sin embargo, el régimen jurídico aplicable en el contrato de obras es manifiestamente diferente.

Alega que el pliego no determina un precio para el abono de las obras, ni regula su forma de pago. Señala que el precio de las obras debe abonarse, conforme a la ley foral, mediante certificaciones mensuales o, cuando concurren las circunstancias especiales que lo permitan, a la finalización de las obras, así como que en este caso no ocurre ninguna de esas cosas, pues debiendo ejecutarse y recepcionarse la obra en el momento anterior al suministro efectivo del gas, el pago del gas medicinal se irá efectuando a lo largo de toda la duración del contrato. Alega que esto supone que el pago de la obra ejecutada queda aplazado al momento del suministro del gas, lo que constituye una infracción del artículo 43.9 de la LFCP, que prohíbe el pago aplazado fuera de los supuestos legalmente habilitados para ello.

Señala que la infracción de los artículos 33 y 59 de la LFCP debe conllevar la nulidad de los pliegos, por cuanto los licitadores no tienen un conocimiento real del alcance de sus obligaciones y, por tanto, de los elementos necesarios para la configuración de sus ofertas, especialmente en relación con las obras previstas en el pliego.

Concluye que publicitar correctamente la naturaleza del contrato y el régimen aplicable a cada prestación es una necesidad básica para garantizar el cumplimiento normativo y los principios de publicidad y transparencia esenciales en la contratación pública.

2ª. Indeterminación del objeto y del precio del contrato. Los pliegos no definen el alcance de la obra a ejecutar por el adjudicatario, ni establecen un precio cierto para todos los bienes y prestaciones que configuran el objeto contractual: infracción de los artículos 39, 43 y 44 de la LFCP

Alega que la forma en que las cláusulas 5.2 y 5.6 del pliego técnico definen la obligación de ejecutar las obras por parte del adjudicatario carece de la debida definición o precisión para que pueda considerarse un *objeto determinado*.

Señala que, con ello, el pliego impone al adjudicatario una obligación indeterminada, pues éste queda obligado a asumir cuantas obras, reparaciones, adecuaciones de espacios o construcciones nuevas sean necesarias, quedando la definición de qué es necesario a un momento posterior a la licitación.

Alega que el órgano de contratación es el que mejor conoce sus necesidades y, en concreto, el estado de las instalaciones de que dispone, por lo que está en condiciones de proporcionar a los licitadores la información necesaria para saber cómo será su obligación de construcción y dentro de qué límites.

Considera que esta precisión del objeto resulta imprescindible para poder confeccionar las ofertas, saber los medios materiales y humanos que necesitará adscribir para la ejecución de la oferta y, esencialmente, para ofertar un precio suficiente para garantizar su viabilidad. Alega que la falta de determinación del alcance de las obligaciones del licitador supone una infracción del artículo 39 de la LFCP, en tanto que exige que el objeto del contrato sea determinado.

Señala, asimismo, que el contratista cobrará como retribución un precio que se encuentra referido a una sola de las prestaciones incluidas en el contrato, ya que únicamente cobrará un precio unitario por los gases medicinales que se suministren, de tal forma que el resto de las prestaciones no tiene fijado precio alguno, debiendo ejecutarse *sin coste* para el órgano de contratación, aunque el licitador sí debe considerar dichos costes para configurar su oferta económica, tal y como resulta del apartado 8 del cuadro de características y de los apartados 4.4 y 12 del pliego técnico.

Alega que, para que el licitador realice su oferta económica debe conocer todos los factores que influyen en su precio unitario, sin que el pliego regulador ni ninguno de sus anexos establezcan un precio aislado para cada uno de estos conceptos. Manifiesta,

igualmente, que, aunque es cierto que la LFCP no impone, como sí hace la LCSP, la obligación de incluir el desglose del presupuesto en el pliego, debe señalarse que tampoco se ha podido constatar la existencia de dicho desglose en el informe razonado de la unidad gestora del contrato, o si la previsión de costes para cada partida es ajustada a los precios de mercado, pues el mismo no se ha publicado en el Portal de Contratación de Navarra.

Alega que estas previsiones de los pliegos suponen una vulneración del régimen económico del contrato establecido en la ley, ya que estarían obligando al adjudicatario a ejecutar dichas prestaciones sin precio, así como que, si se entendiera que estas prestaciones se retribuyen con el precio unitario que se factura por los gases medicinales suministrados, las referidas previsiones incurrirían en infracción de los artículos 43 y 44 de la LFCP, por cuanto contravienen la exigencia de precio cierto. Señala que, al imputarse a dicho precio la retribución por el resto de las prestaciones, ese precio pasaría a ser incierto, pues será mayor o menor en función de que los centros sanitarios destinatarios del suministro soliciten una mayor o menor cantidad de esos productos.

3ª. Para la fijación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato no se han respetado las reglas establecidas en la legislación vigente: infracción de los artículos 42, 43 y 138 de la LFCP

Señala que el precio máximo de licitación, su presupuesto base y el valor estimado del contrato han quedado fijados en el apartado 2 del cuadro de características, así como que su apartado 10 establece que *el precio máximo de licitación, referido a un año, es de 1.290.165,79 € (IVA incluido) y está basado en los precios unitarios máximos indicados en el Anexo 14 y en las cantidades de gases y envases consumidos estimadas en el Anexo 3*, pero que, sin embargo, ninguno de dichos anexos motivan la obtención de las cifras de consumo estimado ni los importes unitarios fijados.

En primer lugar, respecto a la fijación de precios señala que se ha partido de los precios de adjudicación de la anterior licitación, convocada el 8 de marzo de 2017 y cuya ejecución se inició en octubre del mismo año, con una mínima subida (un

incremento que ronda el 8,7%) que no refleja la evolución de los precios porque apenas serviría para cubrir el incremento del IPC (siendo de un 7,6% sólo en el último año), ni sería suficiente para cubrir la explosión de costes que los acontecimientos vividos han puesto en la generalidad de la economía y la particularidad de este sector.

Alega que, en cualquier caso, al fijar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato con una leve subida respecto a los precios de adjudicación del expediente previo, sin considerar la incidencia de los costes de producción, se elude aplicar las previsiones de los artículos 42, 43 y 138 de la LFCP, que exigen que el valor estimado, el presupuesto y los precios sean los habituales y adecuados al mercado.

Alude, a este respecto, a la incidencia de la pandemia en la obtención y suministro de materias primas y envases, a la crisis global a nivel de transportes marítimo-terrestres y al incremento exponencial del precio de la luz, todo lo cual incide de forma directa y trascendental en el coste de producción de gases medicinales. Añade que a lo anterior ha de sumarse el impacto del reciente conflicto armado a nivel económico, por la limitación del comercio, la escasez de determinadas materias primas y, muy especialmente, el encarecimiento exponencial del crudo y los gases.

En segundo lugar, señala que los datos de consumo no pueden considerarse normales o habituales, ya que los dos últimos años han estado marcados por la incidencia de la pandemia originada por la Covid-19, que ha tenido un impacto directo en el consumo de gases medicinales por parte de los hospitales.

Alega que en la documentación facilitada a los licitadores en el Portal de Contratación no se facilita una explicación o motivación de porqué se han fijado esos costes o precios unitarios, y tampoco se realiza el desglose de la estimación de costes según sean directos, indirectos o de otra índole, que permita justificar que no han existido variaciones de costes que deban repercutir en un precio unitario mayor.

Reitera que no desconoce que, conforme a la LFCP, dicha justificación debe obrar en el informe razonado de la unidad gestora del contrato y no en el pliego, pero

reitera que el informe no se ha publicado en el Portal de Contratación, por lo que no ha podido comprobar si existe el desglose y/o justificación y, en tal caso, si es correcta y se han considerado realmente los precios actuales de mercado.

Reconoce que la fijación del valor estimado del contrato es una facultad discrecional del órgano de contratación, si bien señala que no está exenta de control, sino que puede ser revisada, para lo que es necesario que conste la justificación de la estimación realizada y que la misma sea correcta y adecuada a la realidad del mercado en el momento en que se convoca la licitación.

Reitera que el presupuesto o precio de licitación y el valor estimado del contrato no se han fijado adecuadamente, pues se ha prescindido de los elementos que la legislación vigente establece necesariamente para su estimación: costes directos, indirectos, gastos generales de estructura, beneficio industrial u otros costes que puedan influir en el precio de los productos objeto del suministro, así como del servicio de mantenimiento, televigilancia, formación y obras (que no tienen precio alguno asignado). Señala que el órgano de contratación ha mantenido, con una leve modificación al alza, los precios de la licitación del contrato anterior, sin considerar la evolución real y efectiva de los costes desde aquella fecha.

Señala que la subida exorbitada del precio de la luz afecta de forma acusada al suministro de los gases medicinales, cuyo coste de producción más importante es el de la energía eléctrica, aportándose un estudio económico que concluye que el coste de la electricidad supone entre el 60% y el 70% del coste de producción de los gases medicinales e industriales.

Concluye que el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato no se adecúan a la actualidad del mercado, ni han considerado correctamente los costes de la prestación, por lo que deben anularse los apartados 2 y 14 del cuadro de características, así como sus anexos 3 y 14, y demás clausulado que se refiera a los precios unitarios señalados, junto con el resto de la licitación, al ser un elemento esencial de la misma sin el cual no puede subsistir el procedimiento de adjudicación.

4ª. De la necesidad de incorporar un mecanismo para actuar frente a situaciones extraordinarias que incidan en el régimen económico del contrato

Señala que, aunque es cierto que no concurre causa que motive la inclusión de este contrato entre los que admiten una revisión periódica y programada, no puede negarse la excepcionalidad de la situación en que nos encontramos, así como la incertidumbre de cómo se va a desarrollar, lo que aconseja la inclusión de algún mecanismo que permita reequilibrar económicamente el contrato para evitar que puedan generarse situaciones de perjuicio económico manifiesto por incidencia de alguna de estas situaciones imprevisibles o, incluso, la imposibilidad de su cumplimiento por devenir económicamente inviable, máxime si consideramos que los contratos de suministro energético (de cuyo precio y magnitud se derivan consecuencias directas para el coste del presente expediente) sí admiten revisión periódica.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la anulación del anuncio de licitación y de los pliegos del contrato y, con ello, de la propia licitación. Asimismo, solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

TERCERO.- Con fecha 14 de marzo se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto se reiteró la solicitud con fecha 17 de marzo, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 18 de marzo el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que solicita la desestimación de la reclamación, adjuntando al mismo un informe emitido por el Servicio de Infraestructuras del SNS-O en el que se señala lo siguiente:

1ª. Respecto a las prestaciones objeto del contrato y sobre la no infracción, en contra de lo indicado por la reclamante, de los artículos 33 y 59.2.d) de la LFCP, así como de los principios de transparencia y publicidad

Realiza las siguientes consideraciones:

1º.) La referencia en el apartado 5.2 del pliego técnico a la realización de *obras necesarias* comprende unas posibles obras derivadas del cambio de las instalaciones de tanques criogénicos de oxígeno y nitrógeno, al ser estas propiedad del actual adjudicatario del contrato y, en consecuencia, es posible que el nuevo adjudicatario tenga que realizar las obras de adaptación, tal y como especifica el apartado 5.13 del pliego. De igual manera se expone posteriormente en el apartado 10: *En el caso de que la adjudicación implique cambio de adjudicatario, el nuevo adjudicatario presentará un proyecto de cambio de depósitos que cumpla la normativa vigente. Durante este cambio, se deberá garantizar en todo momento el suministro continuado de los gases medicinales.*

Señala que en ningún caso se ha considerado que el alcance de estas obras pueda ser de gran envergadura, tal y como se entienden los contratos de obra, sino que sólo se deberá acondicionar el espacio destinado a albergar los depósitos criogénicos de modo que se satisfagan los requerimientos necesarios para el correcto funcionamiento de las nuevas instalaciones, que serán propiedad del nuevo adjudicatario. Así, sólo si el espacio actual no cumple los requerimientos de la nueva instalación, la empresa adjudicataria deberá acometer las referidas obras de adecuación para el cumplimiento de las condiciones de seguridad y control para el buen funcionamiento de la instalación, sin las cuales, además, no se podrá desempeñar el objeto fundamental del contrato, que es el suministro. Por ello, considera que se cumple el artículo 29.1 de la LFCP, al

considerarse esta obra accesoria como de *colocación e instalación*, en concreto, de los tanques criogénicos.

Manifiesta que cualquier duda a este respecto hubiera quedado resuelta durante la visita propuesta a las instalaciones de los centros, en la cual las propias empresas habrían comprobado in situ el estado y características de las instalaciones, constatando que no es necesaria la realización de ningún tipo de obra de considerable envergadura en las mismas.

2º.) Señala que el recorrido de los diferentes gases medicinales desde los tanques criogénicos y los mezcladores hasta su llegada al usuario final atraviesa tanto instalaciones propiedad del centro, como instalaciones propiedad del adjudicatario, por lo que es necesario que, velando por la calidad del producto suministrado, en cumplimiento de los parámetros exigidos por la normativa y para garantizar la máxima seguridad de la instalación y de los usuarios, las instalaciones estén en perfectas condiciones para poder dar este suministro, siendo responsable de ello la empresa suministradora. Por tanto, queda reflejada la estrecha vinculación entre el servicio de mantenimiento de las instalaciones (incluida la tele-vigilancia, herramienta necesaria para la empresa suministradora que tiene como objetivo conocer en qué momento exacto se cumplen los parámetros para realizar el suministro del producto) y el propio suministro de gas, por lo que no tiene sentido discernir un concepto del otro al ser inherentes entre sí.

3º.) Con cita del artículo 33.1.a) de la LFCP, señala que tanto el mantenimiento de las instalaciones como el servicio de tele-vigilancia, e incluso la formación solicitada para la gestión y manipulación de estas instalaciones, consideradas como críticas ya que contienen gases a alta presión y cuya manipulación sin unos conocimientos mínimos previos podría ocasionar graves daños materiales y personales dentro de los espacios donde se localizan, son servicios directamente dependientes del propio suministro de los gases, el cual claramente supone la prestación principal del contrato, siendo el contrato, en definitiva, de suministro.

Alega que el reclamante interpreta a su conveniencia los apartados 5.2 y 5.6 del pliego técnico, sin hacer referencia al punto 10 del mismo, en donde se interpreta claramente que la obra en cuestión es la derivada del posible cambio de los depósitos criogénicos que, como ya se ha expuesto, no es de gran envergadura. Considera necesario aclarar que la referencia al término *cimentación* no implica, en este caso concreto, que se tenga que acometer una gran obra, sino que los depósitos donde se almacenan los gases necesariamente se deben apoyar en una superficie que garantice la seguridad de la instalación debido al gran volumen y peso que albergan y el grado de criticidad de la misma. Señala, asimismo, que una cimentación ya existente puede cumplir con los requerimientos mencionados sobre el cambio de depósito, por lo que no implica que esta obra se tenga que acometer necesariamente, ya que dependerá de la solución adoptada por el adjudicatario. Señala que, por lo tanto, no está justificada la consideración como contrato mixto (suministro y obras), ya que estas obras sólo se acometerán si así resulta necesario.

Concluye que la prestación principal del contrato es el suministro, por lo que éste debe ser su régimen jurídico y no el del contrato de obras en lo relativo a la determinación de su precio y forma de pago, no existiendo obligación de contemplar dichos aspectos en el pliego para obras, como en el presente supuesto, de muy escasa entidad.

2ª. Sobre la *indeterminación* del objeto y del precio del contrato al que se refiere la parte reclamante en la alegación quinta de la reclamación al señalar que *los pliegos no definen el alcance de la obra a ejecutar por el adjudicatario ni establecen un precio cierto para todos los bienes y prestaciones que configuran el objeto del contrato* (artículos 39, 43 y 44 de la LFCP)

Señala que, como ya se ha expuesto, el punto 10 del pliego técnico, en relación con las “Obligaciones previas al inicio del suministro”, señala que *el nuevo adjudicatario presentará un proyecto de cambio de depósitos que cumpla la normativa vigente. Durante este cambio se deberá garantizar en todo momento el suministro continuado de los gases medicinales, así como que el adjudicatario saliente tendrá a su*

*disposición el material y equipo depositados dentro de los recintos vallados, material y equipos que serán desmontados y retirados por el propio adjudicatario, sin que el centro hospitalario tenga que abonar cantidad alguna por la retirada y trabajos necesarios, responsabilizándose y respondiendo este de los deterioros que se produzcan sobre las vallas, plataformas y demás instalaciones; debiendo quedar éstas en situación de poderse acoplar un nuevo equipo.*

Señala que el órgano de contratación tiene conocimiento sobre la infraestructura de las instalaciones del adjudicatario actual, ya que las mismas se ubican en terreno propiedad de los centros hospitalarios, pero desconoce el alcance y la envergadura de las infraestructuras con las que desarrollará su actividad la empresa adjudicataria, en el caso de que su oferta implique la retirada de la cimentación existente o si el espacio actual es apto para sus propias instalaciones, por lo que es imposible determinar con exactitud el alcance de esta obra de adaptación y, en consecuencia, su coste.

Respecto a la alegación del reclamante relativa a la necesidad de conocer todos los factores que influyen en el precio unitario para la realización de la oferta económica, señala que el Anexo 14 del pliego técnico, en relación con la “Tabla de precios máximos de referencia”, señala que *En el precio de todas las botellas, incluidas las compactas portables de oxígeno medicinal, se considera incluido, para todo el stock considerado por cada centro sanitario, el alquiler, el transporte, mantenimiento, reposición, pruebas, así como cualquier otro gasto asociado, excepto el IVA.*

Señala que, por lo tanto, los precios máximos fijados contemplan todos estos conceptos dentro del precio unitario, incluyendo el mantenimiento y la tele-vigilancia, siendo actualmente de esta manera, con normalidad, como se está facturando el suministro de los gases medicinales al SNS-O.

Alega que, no obstante, por parte del órgano gestor del contrato para la preparación del expediente se realizó un estudio económico interno en el que se compararon licitaciones de gases medicinales llevadas a cabo en otras comunidades autónomas, comprobando que, efectivamente, se había tramitado recientemente un

expediente con las mismas características que las contempladas en el presente contrato. Alude, a este respecto, a sendas licitaciones del contrato de suministro de gases y mantenimiento de las instalaciones de los mismos en el sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud y del Hospital General de Defensa de Zaragoza del año 2020, del contrato de suministro de gases y mantenimiento del Hospital Universitario de Basurto del año 2021, y del contrato de suministro de gases medicinales licuados para los hospitales de Osdakidetza del año 2016.

Señala que, por tanto, no nos encontramos ante un caso aislado en el que no se desglosan los conceptos para el cálculo del presupuesto del contrato.

Alega que, al contrario de lo sostenido por el reclamante, no se obliga al adjudicatario a efectuar dichas prestaciones sin precio, ya que en el Anexo 14 se especifica que el precio unitario del gas ya contempla dichos conceptos, así como que la ejecución de las obras no es una obligación del adjudicatario, sino una circunstancia que se puede dar dependiendo en su totalidad de las infraestructuras e instalaciones que aquel tiene en propiedad y va a poner a disposición para llevar a cabo la ejecución del suministro.

Señala que la LFCP no impone la obligación de incluir el desglose del presupuesto en el pliego regulador, ni exige la publicación del informe de necesidad en el Portal de Contratación de Navarra, aunque el mismo sí está incluido en el expediente. De igual forma, no es en el pliego donde debe justificarse el valor estimado del contrato y la adecuación de su precio al mercado, sino que dicha justificación debe contenerse en el informe razonado de la unidad gestora del contrato.

Concluye que, en este caso, el valor estimado del contrato se encuentra justificado en el expediente, a pesar de lo que indica el reclamante, y dicha justificación se encuentra amparada por la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, por ser quien mejor conoce el interés público que busca satisfacer con el contrato.

3ª. Sobre la fijación del presupuesto de licitación y del valor estimado del contrato (artículos 42, 43 y 138 de la LFCP)

Señala que para el cálculo del valor estimado del contrato se ha contemplado el artículo 42 de la LFCP y, en concreto, su apartado 8.a). Alega que, en consecuencia, se ha procedido a incrementar los precios unitarios del suministro actual, que ya contemplaban el coste de mantenimiento, tele-vigilancia y otras prestaciones accesorias, como puede ser la formación, en el 8,1% de incremento del IPC estatal correspondiente al periodo comprendido entre septiembre de 2017 y diciembre de 2021. Asimismo, están incluidas las prórrogas y modificaciones.

Respecto a la alegación del reclamante relativa a la falta de motivación de los consumos estimados y de los importes unitarios fijados, se incluyen los datos de consumo de 2021 aportados por la empresa suministradora y los consumos estimados contemplados en la licitación.

Señala que el cálculo de la previsión de consumo se ha realizado teniendo en consideración la situación derivada de la pandemia, en la que el consumo de gases medicinales se ha incrementado, al contrario de lo que alega el reclamante en su punto 6.1.

En concreto, para el oxígeno medicinal, que supone alrededor del 50% del volumen total del contrato, se ha estimado una cantidad de un 7% superior a lo consumido en 2021, en previsión del aumento progresivo desde el inicio de la pandemia. Igualmente, se puede observar un considerable incremento en el consumo de aire medicinal y oxígeno medicinal en botellas, ambos productos directamente relacionados con la situación derivada del Covid-19.

Manifiesta que, en cuanto a la situación actual del mercado y en relación a si estos precios se ajustan al mismo, han comprobado que el precio por metro cúbico del oxígeno líquido medicinal en tanque, que abarca el 51% del volumen del contrato y que

está fijado en 0,555 euros, está bastante por encima del precio máximo de licitación en los siguientes contratos: Acuerdo Marco PA SUM 3/2021 de la Comunidad de Madrid en el que se fija en 0,47 euros y contrato del suministro sucesivo de gases medicinales de la Xunta de Galicia en el que se fija en 0,46 euros.

Concluye que, por tanto, se puede afirmar que desde el SNS-O se están presentando unos precios máximos de licitación superiores en un 18% y 20% respecto de aquellas licitaciones, justificando de esta manera que sus precios se sitúan dentro de la situación actual de mercado, aunque es cierto que el contrato no contempla la imprevisibilidad e inestabilidad actual del mercado de la energía.

Alega que, sin embargo, para solventar esta incertidumbre respecto a la situación energética actual y considerando que están obligados por la ley de desindexación a no contemplar en los contratos la revisión de precios, se ha optado por definir el contrato como anual prorrogable por años naturales hasta un máximo de duración de cinco años, en vez de haberlo definido como plurianual durante cinco años completos. De esta manera, se da libertad tanto al adjudicatario como al órgano de contratación para no prorrogar el mismo si las circunstancias derivadas del momento actual desencadenan el desequilibrio económico con consecuente riesgo asociado para la Administración, al tratarse de instalaciones críticas para la seguridad de las personas.

Señala que la LFCP, a diferencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no establece la obligación de publicar el informe de necesidad, ni la de ninguno de los documentos que conforman el expediente de contratación, por lo que ningún defecto cabe apreciar a este respecto.

Alega que en el informe de necesidad que obra en el expediente se contienen los motivos que han guiado al órgano de contratación en la configuración de este contrato y, en concreto, las características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato y la adecuación del precio al mercado; informe razonado que puede ser objeto de acceso por parte de cualquier persona interesada conforme a lo dispuesto en la Ley

Foral 5/2018, de Transparencia, y en la normativa básica común reguladora del procedimiento administrativo contemplada en la Ley 39/2015.

4ª. En relación con la alegación del reclamante de la necesidad de incorporar un mecanismo para actuar frente a situaciones extraordinarias que incidan en el régimen económico del contrato

Alega que, como señala el reclamante, no cabe la revisión de precios del presente contrato y la situación de excepcionalidad a la que alude en su alegación séptima subyace en un contrato de obra civil, y no en un contrato administrativo de suministro como el presente.

Concluye que la aprobación del reequilibrio económico del contrato debe ser, en todo caso, instada por el contratista y no, como sucede en este caso, en el que nos encontramos con la publicación de un anuncio de licitación en el que no cabe la revisión de precios precisamente porque el precio del contrato está sujeto a las previsiones del artículo 42 de la LFCP.

CUARTO.- No consta la existencia de otras personas interesadas en el presente procedimiento a efectos de lo dispuesto en el artículo 126.5 de la LFCP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2 de la misma ley foral.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una asociación representativa de intereses relacionados con el objeto del

contrato que se impugna, dado que se interpone para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados, en los términos previstos en el artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO. - La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por la reclamante relativa a la suspensión cautelar de la licitación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.*

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral.*

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

*Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.*

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por la reclamante.

SEXTO.- Estima la reclamante que el contrato debió calificarse de contrato mixto, no de suministro; de ahí que ponga de manifiesto, igualmente, la falta de justificación de los requisitos legales para su celebración atendiendo a dicha calificación y de la prestación que tiene carácter principal al objeto de determinar las normas que regirán su adjudicación; así como la inobservancia de las normas relativas a la preparación del contrato de obras y la falta de detalle del régimen jurídico aplicable a cada prestación que se contrata y, específicamente, respecto a la determinación del precio de las obras y su forma de pago.

La resolución de esta cuestión ha de partir de las previsiones que, relativas al objeto del contrato, contiene el pliego regulador. Así, el apartado primero del cuadro de características del contrato señala que *El objeto del contrato es el suministro de gases medicinales en los centros sanitarios dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante, SNS-O) y el mantenimiento integral y control de las instalaciones implicadas en su distribución a los respectivos centros sanitarios del SNS – O*; calificándose, efectivamente en su cláusula novena, como contrato de suministro.

Sin embargo, lo cierto es que cláusula 1 de las prescripciones técnicas, dispone que *La oferta debe incluir no solo el suministro sino la infraestructura técnica para poder realizar el objeto del contrato en condiciones de total seguridad, incluyendo servicios de mantenimiento, revisiones de centrales productoras y servicios suplementarios descritos en este Pliego*. Documento que como bien señala la reclamante incluye, además del citado suministro, otras prestaciones de diversa naturaleza:

- la realización de la infraestructura necesaria para realizar el suministro en condiciones de total seguridad;
- la realización de las obras necesarias para la construcción y/o adaptación de los recintos vallados nuevos o existentes, provistos de firme de hormigón, cimentación para tanque, aparatos, instalación y demás accesorios;
- disposición de un sistema de televigilancia para dar respuesta inmediata a cualquier anomalía;
- la formación del personal técnico y sanitario de los centros sanitarios;
- y el mantenimiento de las instalaciones.

Partiendo de tal definición del objeto del contrato, cabe recordar, por un lado, que el artículo 29.1 LFCP dispone que *El contrato de suministros es aquel cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con o sin opción de compra. Igualmente, se considerará un contrato de suministros aquel cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesorio, obras de colocación e instalación*, señalando su apartado 2 que en todo caso se considerarán contratos de suministros *Aquellos en los que el empresario se obligue a*

*entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente (apartado c); y, de otro, que conforme a lo dispuesto en el artículo 33.1 del mismo cuerpo legal Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase.*

Llegados a este punto, como bien apunta la Resolución 273/2017, de 22 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, la clave para determinar si estamos ante un contrato mixto en el que se fusionan prestaciones de diferentes contratos o ante un único contrato del que derivan obligaciones que ha de asumir el contratista, exige atender a la autonomía y entidad de las obligaciones impuestas al contratista.

En nuestro caso, lo que resulta del pliego es que no nos encontramos ante un mero contrato de suministro sino ante un contrato mixto, complejo, que integra prestaciones de diversos contratos (servicios y obras). Prestaciones que, a juicio de este Tribunal, en contra de lo alegado por la entidad contratante, no son meramente accesorias, sino que presentan sustantividad propia. Conclusión reforzada si atendemos a los criterios de adjudicación del contrato previstos en la cláusula 10 de su cuadro de características, donde 35 de los 45 puntos que se atribuyen a los criterios no valorables mediante fórmulas se refieren al mantenimiento y la adecuación de las instalaciones existentes, mientras que 15 de los 55 puntos de los criterios valorables mediante fórmulas se refieren a la formación del personal; resultando así que el 50% de la puntuación con que se valoran las ofertas hace referencia a cuestiones distintas del suministro, poniendo así de manifiesto, como decimos, la relevancia y sustantividad de tales prestaciones en lo que al objeto del contrato se refiere.

Así pues, no podemos sino concluir que la cláusula novena del cuadro de características del contrato no resulta ajustada a derecho, en la medida en que califica el contrato como de suministro cuando, en atención a su objeto, nos encontramos ante un contrato mixto; procediendo, por tanto, la estimación de este motivo de impugnación

con las consecuencias jurídicas que de ello derivan respecto al resto de infracciones alegadas y relacionadas directamente con tal calificación que a continuación vamos a exponer.

Partiendo de la premisa citada, el marco legal de aplicación a los contratos mixtos viene recogido en el precitado artículo 33 LFCP que establece que *1. Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. La determinación de las normas que regirán su adjudicación se hará de la siguiente manera:*

*a) Cuando el contrato contenga prestaciones propias de dos o más de los contratos siguientes: obras, servicios o suministros que estén sujetos a esta ley foral, se atenderá al carácter de la prestación principal.*

*b) Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios, por una parte, y contratos de concesiones de obras o concesiones de servicios, de otra, se actuará del siguiente modo:*

*1.º Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.*

*2.º Si las distintas prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos sea igual o superior al umbral europeo. En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y servicios.*

*2. Cuando el contrato mixto contemple prestaciones de contratos regulados en esta ley foral con prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma, para determinar las normas aplicables a su adjudicación se atenderá a las siguientes reglas:*

*a) Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.*

*b) Si las prestaciones son separables y se decide celebrar un único contrato se aplicarán las normas contenidas en esta ley foral.*

*3. En los contratos mixtos se aplicará el régimen jurídico de cada prestación en la medida que sea compatible con la prestación principal.*

4. Solo podrá celebrarse un contrato mixto cuando las prestaciones que lo componen se encuentren directamente vinculadas entre sí y exijan su consideración como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad.

Por su parte, el artículo 59.2.d) LFCP, añade que las condiciones particulares de los contratos mixtos detallarán *el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.*

Tipología contractual analizada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2021 que se pronuncia, por entenderla como cuestión que presenta interés casacional objetivo, sobre *"cuáles son los parámetros de legalidad de los contratos mixtos en que se fusionan prestaciones de naturaleza dispar"*, en los siguientes términos: 2. *Los contratos mixtos fusionan prestaciones correspondientes a contratos de distinta clase. Tal confluencia de elementos más determinar cuál es el prioritario, plantea cuestiones que incidirán en los distintos momentos de la vida del negocio, en especial la normativa aplicable, adjudicación, carácter separable de las prestaciones, etc. y, como se ha visto, la admisibilidad de un eventual recurso especial. En esta casación lo litigioso se ciñe a la decisión primigenia: a su nacimiento, esto es, determinar cuándo un contrato es mixto y con arreglo a qué criterios cabe, desde la libertad de pactos, licitarlo como tal.*

3. *De los artículos 12 y 25.2 del TRLCSP (contratos mixtos y libertad de pactos, respectivamente), más de la Directiva 2014/24/UE, se deduce lo siguiente:*

*1º Obviamente no se cuestiona que pueda haber un contrato mixto que comprenda prestaciones propias de contratos de obras y suministro, ahora bien, es exigible que las prestaciones estén racional y "directamente vinculadas entre sí" y que sean complementarias, constituyendo una unidad funcional para satisfacer el fin perseguido con el contrato, en coherencia con el fin institucional propio de la Administración contratante. Tales exigencias actúan como límite a la libertad de pactos.*

*2º El considerando 11 de la Directiva 2014/24/UE advierte que debe estarse a "cada caso concreto", y que el poder adjudicador debe justificar con pruebas objetivas que es*

*necesario celebrar un único contrato más el interés prioritario que se quiere satisfacer. Esto obliga al análisis de los pliegos y de los antecedentes en que se sustentan.*

*3° El juicio de pertinencia debe estar dotado de la racionalidad exigible ex artículo 25.2 del TRLCSP, de forma que esta forma de licitación debe obedecer tanto a motivos técnicos como económicos objetivos, motivos que además permitan identificar la prestación principal. No cabe, por tanto, mera intención, expresa o presunta, de considerar que son indivisibles las distintas prestaciones y aspectos concurrentes.*

*4° Atendiendo al objeto del contrato, esos motivos técnicos llevan a que se vea pertinente que prestaciones dispares las asuma un sólo adjudicatario. Tales motivos no se identifican sin más con una más eficaz gestión de la actividad licitada, sino que deben guardar coherencia con el interés público llamado a satisfacerse con el contrato, en función de la idoneidad del contratista para asumir prestaciones de diferente naturaleza a lo que se añade que tal acumulación de prestaciones suponga una ventaja económica.*

*5° Y para apreciar la bondad de acudir al contrato mixto habrá que ponderar su incidencia en principios básicos en la contratación pública: libertad de acceso a las licitaciones, transparencia del procedimiento y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos más restantes objetivos deducibles del artículo 1 TRLCSP.*

También el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 712/2021, de 17 de junio, expone que *En cuanto a los requisitos de los contratos mixtos, en Resoluciones como la mencionada 1524/2019, con cita de la Resolución 625/2019, dijimos, en consideraciones aplicables al art.34.2 LCSP que “los dos elementos fundamentales que contiene son: la existencia de prestaciones que estén directamente vinculadas entre sí, por un lado, y por otro, a esa vinculación debe añadirse un elemento como es que esas prestaciones vinculadas puedan calificarse como complementarias, de modo que deban tratarse como una unidad funcional y que estén dirigidas a satisfacer una necesidad propia del órgano contratante. Esta vinculación ha de entenderse en sentido material, no meramente subjetiva ni formal. Por lo tanto, las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas”*.

*También en relación con los contratos mixtos, en la Resolución 991/2015 de 23 de octubre, dijimos ya que: “la determinación del régimen jurídico aplicable a su adjudicación exige conocer, conforme a lo establecido en el artículo 12 del TRLCSP, cuál sea la prestación más importante desde el punto de vista económico. Por ello, es necesario que los Pliegos especifiquen el importe o precio que corresponde a cada una de las prestaciones integradas en el contrato mixto, como por otro lado se encarga de recordar el artículo 2.1 del RGLCAP: “Podrán celebrarse contratos con pluralidad de objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás”. Recordando, de igual modo, la obligación legal de detallar el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos, en línea con lo razonado por el mismo órgano revisor en su Resolución 326/2016, de 29 de abril, donde concluye que *En definitiva, lo que resulta de los Pliegos es que estamos ante un contrato mixto, no obstante la calificación dada por el órgano de contratación. Y aun admitiendo que la prestación más importante del contrato es característica de un suministro, lo que determina el régimen jurídico aplicable a su preparación y adjudicación (Resolución 281/2014) y que los Pliegos especifican cada una de las prestaciones integradas en el contrato mixto, es decir, están inicialmente definidas, es imprescindible de igual manera para la propia ejecución del contrato, que se detalle el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos, tal y como establece el ya citado artículo 115.2 del TRLCSP, algo que no hacen los Pliegos al referirse exclusivamente al tratar de los efectos, cumplimiento y extinción, a prestaciones características de un suministro. (...).**

*En consecuencia procede en este punto declarar la nulidad de los Pliegos que, en su caso, deberán determinar el régimen jurídico aplicable a las diferentes prestaciones que comprende el contrato y no sólo a las características de un suministro puro, efectuando para ello las precisiones necesarias en el Pliego de Cláusulas reguladoras del contrato mixto.*

Así las cosas, lo cierto es que la errónea calificación del contrato en el supuesto analizado resulta determinante para apreciar, como señala la reclamante, una serie de

omisiones en el expediente de contratación, a saber, la justificación de la necesaria vinculación de dichas prestaciones que permita su tratamiento como una unidad funcional, así como de la identificación de qué prestación tiene carácter principal al objeto de determinar las normas que han de regir su adjudicación y de la determinación en el pliego regulador el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción en función de cada una de dichas prestaciones, en la medida en que sea compatible con la prestación principal; procediendo, por tanto, y en la medida en que tales justificaciones devienen obligadas en la tipología contractual que nos ocupa, la estimación también de la reclamación en este punto.

No obstante, no puede tener favorable acogida la pretensión relativa a la necesaria observancia de las normas preparatorias de los contratos de obras, salvo que éstas constituyan la prestación principal, por cuanto, a diferencia de lo alegado, la aplicación de las normas relativas a la adjudicación de la prestación principal incluye las de su preparación, pues así se establece en la exposición de motivos de la LFCP, que señala que entre sus novedades *se incluye la nueva regulación del contrato mixto que determina el régimen aplicable a la preparación y adjudicación en función de si el objeto principal del contrato contiene prestaciones que puedan ser objetivamente separables.*

SÉPTIMO.- Como segundo motivo de impugnación, alega la reclamante la infracción del artículo 39 LFCP derivada de la indefinición o falta de precisión de las cláusulas 5.2 y 5.6 de las prescripciones técnicas en relación con la obligación del adjudicatario de ejecutar las obras que pasarán a ser propiedad del centro, pues imponen a aquel la asunción de una obligación indeterminada; oponiendo la entidad contratante que no le es posible conocer si la oferta del adjudicatario implicará la retirada de la cimentación existente o si el espacio actual será apto para sus instalaciones, por lo que no puede determinar con exactitud el alcance de las obras de adaptación ni su coste.

El motivo de impugnación ha de ser estimado.

Este Tribunal ha señalado en anteriores ocasiones, por todos Acuerdo 2/2022, de 5 de enero, que el objeto del contrato – también su precio – debe estar determinado en el

pliego, constituyendo dicha circunstancia un requisito de validez de aquel. Así lo establece el artículo 39.1 de la LFCP al señalar que *El objeto del contrato celebrado al amparo de esta Ley Foral deberá ser determinado, de tal forma que resultan inadmisibles las cláusulas que dejan al arbitrio de la entidad contratante la realización o no de algunas prestaciones del contrato.* Al respecto, indicamos en dicho Acuerdo que *en cumplimiento de lo establecido en los artículos 1261.2º; 1271 y 1272 del Código Civil el objeto del contrato debe ser determinado o determinable, es decir, debe tener la identificación suficiente sin necesidad de sujetarse como único criterio de determinación al mero arbitrio de una de las partes contratantes, lo que significaría hacer depender del pleno arbitrio de la parte contratante la validez y el cumplimiento del contrato, prohibido por el artículo 1256 Código Civil. Así, la falta de determinabilidad del contrato supone la falta de objeto y, en definitiva, la falta de contrato, y su imposibilidad o ilicitud acarrearán su nulidad, considerando por licitud el conjunto de prestaciones excluidas por ley del contrato. (...).*

*En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso, decidir presentar sus ofertas. (...).*

*Pero además, tal defecto de un elemento esencial del contrato supone limitar la participación de los licitadores y vulnerar los principios de concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, causante de un vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con el art. 126.2.a) LFCP en relación con el artículo 47.1 a), de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por cuanto dicho objeto es la base que delimita su presupuesto, valor estimado y derechos y obligaciones de los licitadores, vulneración manifiesta no únicamente en el momento de confeccionar sus ofertas sino en el mismo momento de su valoración, toda vez que resulta imposible la valoración de ofertas que en modo alguno pueden ser homogéneas (...).*

Pues bien, la cláusula 5.2 de las prescripciones técnicas del contrato impone al adjudicatario la realización de *las obras necesarias para la construcción y/o adaptación de los recintos vallados nuevos o existentes, provistos de firme de hormigón,*

*cimentación para tanque, aparatos, instalación y además accesorios; así como todas las instalaciones necesarias y de acuerdo con la normativa actual, en cuanto a la seguridad y control para el buen funcionamiento de la instalación. Obligación impuesta al adjudicatario de forma ciertamente genérica, apreciándose falta de determinación y concreción en su establecimiento con infracción, por tanto, de lo preceptuado en el transcrito artículo 39 LFCP; frente a lo que no cabe oponer la imposibilidad de determinar su alcance alegada de contrario por la entidad contratante pues siendo dichas instalaciones de su propiedad lo lógico es que sea ésta, precisamente, quien mejor conozca su estado y si las mismas necesitan de meras adaptaciones o de nuevas construcciones. No pudiendo, tampoco y por idénticas razones, pretender diferir la determinación del contenido de tal prestación a la visita propuesta a las instalaciones de los centros en la que las personas interesadas habrían comprobado in situ el estado y características de las instalaciones, constatando que no es necesaria la realización de ningún tipo de obra de envergadura considerable.*

En este sentido se pronuncia la Resolución 157/2018, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, respecto a la legalidad de un pliego de un contrato de suministro de gases medicinales e industriales que imponía una obligación similar a la aquí prevista, señalando lo siguiente: (...), *de las cláusulas del PPT antes citadas se desprende que el adjudicatario ha de realizar, a su costa, las obras y trabajos necesarios hasta la entrega de las instalaciones “llave en mano” que sean necesarias para la realización del suministro, obras que finalmente revertirán a la Administración contratante una vez extinguido el contrato.*

*Al respecto, hemos de indicar que la ejecución de un contrato de suministro – cuyo objeto, según el artículo 9 del TRLCSP, es la adquisición, arrendamiento financiero, o arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles- puede llevar consigo alguna prestación de índole accesoria referida a su instalación o puesta en marcha, sin que ello tenga que suponer necesariamente la desnaturalización del contrato en su calificación jurídica como tal contrato de suministro. Habrá pues que estar, en cada caso, al contenido de los pliegos para discernir si el mismo desborda o no el ámbito natural del suministro.*

*En el supuesto analizado, las cláusulas del PPT antes señaladas se pronuncian en términos bastante amplios y, a la vez, imprecisos, puesto que aluden a que el contrato incluye todas las obras, equipos y trabajos necesarios para la entrega de las instalaciones “llave en mano” y completamente legalizadas. Se observa, pues, una absoluta indeterminación en el alcance y entidad de estas obligaciones, que impide conocer a los licitadores los límites reales de las prestaciones que comprende el contrato, lo que lleva seriamente a considerar que las mismas no se limitan a la ejecución de un suministro, pues el adjudicatario habrá de asumir para la ejecución del contrato prestaciones que exceden del objeto de aquel.*

*En tal sentido, el alegato del órgano de contratación relativo a que el concepto finalista del suministro y su realización en términos de seguridad y eficacia exige la adecuación por el adjudicatario de las instalaciones que conducirán los gases, no hace sino justificar precisamente que se fusionen prestaciones de distintos contratos en uno mixto, dada la complementariedad de las mismas, pero no permite negar “a priori” la existencia de un contrato de obra en los términos descritos en el artículo 6 del TRLCSP, habida cuenta la importancia que pudieran revestir las actuaciones y obras destinadas a la entrega de las instalaciones llave en mano. (...).*

*Así pues, aun cuando la prestación correspondiente al suministro pueda ser la de mayor valor económico, el órgano de contratación debería haber definido con mayor precisión el objeto del contrato delimitando la prestación correspondiente a las obras necesarias para la ejecución del suministro con expresión de su cuantía, sin que obste a este propósito el hecho de que pudiera existir una indeterminación inicial en cuanto a su alcance global, pues siempre podrá hacerse una estimación adecuada por parte del órgano de contratación que es el que mejor conoce la situación de cada centro sanitario en cuanto a la adaptación de instalaciones existentes y a las que deban llevarse a cabo para el adecuado suministro de los gases medicinales e industriales objeto del contrato.*

OCTAVO.- A continuación, apunta la reclamante la infracción de los artículos 43 y 44 LFCP, en la medida en que el pliego no establece un precio cierto para todos los bienes y prestaciones que configuran su objeto (suministro, servicio de mantenimiento, control, formación, sistema de televigilancia y ejecución de obras), toda vez que

establece que el contratista cobrará un precio que se encuentra referido a una sola de estas prestaciones, esto es, un precio unitario por los gases medicinales que se suministren. Postula, en este sentido, la necesidad de que el pliego o, en su caso, el expediente contenga el desglose del presupuesto correspondiente a cada una de las prestaciones; e indica, asimismo, que en la medida en que se obliga al adjudicatario a ejecutar tales prestaciones sin coste se vulnera el régimen económico del contrato.

Frente a tales consideraciones, alega la entidad contratante que el precio unitario previsto incluye tales prestaciones, señalando que la LFCP no impone la obligación de incluir el desglose del presupuesto en el pliego, ni exige la publicación del informe de necesidad en el Portal de Contratación de Navarra, no siendo tampoco en el pliego donde debe justificarse el valor estimado del contrato y su adecuación al mercado, cuestiones que deben contenerse en el citado informe, como es el caso.

Respecto al establecimiento de precios unitarios, debemos comenzar señalando que, en aquellos contratos mixtos en los que la prestación principal sea el suministro, no se aprecia obstáculo legal a que el precio se fije como precio unitario, por referencia a uno de los componentes de la prestación – el bien a suministrar -, pero, eso sí, siempre que se refleje en el mismo el valor de todas las prestaciones que integran el objeto del contrato.

Así lo pone de relieve la Resolución 71/2022, de 17 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, también referida al suministro de gases medicinales, que recogiendo la obligación de desglosar el precio de cada prestación razona que *al tratarse de un contrato mixto deberán desagregarse los distintos precios de cada una de las actuaciones, obras con sus especialidades, suministros con las suyas y sobre todo los servicios con las propias referidas a gastos de personal. Indicando los gastos directos e indirectos así como el beneficio industrial, todo ello justificado en el PCAP o en las memorias que conforman el expediente de licitación.*

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la precitada Resolución 712/2021, de 17 de junio, cuando

señala que *Respecto a la determinación del precio de los contratos, en la misma Resolución 577/2018, declaramos que: “no se aprecia infracción alguna cuando el precio se hace por referencia a un precio unitario de uno de los componentes de la prestación que permite reflejar el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato. Así, si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería contrario que éste comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo, la formación para éste y el mantenimiento, si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello. De manera que resulta admisible configurar el precio de todo el contrato considerando la principal de las prestaciones...”*.

*También en la Resolución 180/2020, rechazamos el enriquecimiento injusto de la Administración en un supuesto en que los precios unitarios máximos de licitación, se fijaron por el equipamiento suministrado, sin coste adicional por el material fungible, ni por el mantenimiento, reparación y actualizaciones de equipos. Razonamos en este caso que: “esas prestaciones son sin coste adicional, pero no, gratuitas, ya que su importe por cada uso o empleo al aplicar los contrastes se ha imputado en la cuantificación del precio unitario cierto y determinado de la prestación principal, que es el suministro de los contrastes”. Sin embargo, en esta Resolución, estimamos los recursos:*

*“en la medida en que ni en el PCAP ni en el expediente (p.e. la Memoria justificativa) se recoge el desglose del precio unitario máximo determinado de los contrastes con la indicación de cada uno de los importes parciales de las otras prestaciones complementarias o accesorias, sean cesión de equipos, suministro de otros fungibles, etc., que se imputan en aquél precio unitario y han servido para determinar el precio unitario máximo de licitación de los contrastes como precio unitario del conjunto (importe unitario del suministro propiamente dicho de los contrastes, más el de los inyectores y del resto de fungibles y consumibles, etc.), para que de este modo se pueda constatar que el importe o coste de tales prestaciones complementarias y/o adicionales o accesorias integran el precio unitario citado, no son gratuitas, sino que su importe estimado está incluido dentro del precio unitario de licitación, es decir, no tienen coste adicional separado al ya estimado e imputado en el precio unitario del producto principal objeto del suministro”*.

Alcanzada la anterior conclusión, debe advertirse que asiste razón a la entidad contratante cuando señala que el desglose del presupuesto debe hacerse en el informe razonado de la unidad gestora del contrato, y no en el pliego, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 138.3 de la LFCP, dicho informe expondrá, entre otras cuestiones, *la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, idoneidad del objeto para satisfacerlas, características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato, adecuación del precio al mercado, (...)*; informe respecto al cual, como bien indica, la LFCP no impone la obligación de su publicación.

Sin embargo, lo cierto es que el informe de necesidades obrante en el expediente remitido a este Tribunal no incluye el desglose del presupuesto de las distintas prestaciones; omisión de la que, efectivamente, no podemos sino concluir que el contrato no tiene un precio cierto.

En tal sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 102/2019, de 2 de agosto, cuando señala que *La recurrente denuncia que en las cláusulas transcritas del PPT se exija al contratista la prestación de una serie de servicios sin remuneración lo que –a su juicio– desvirtúa asimismo el objeto del contrato, al no estar definidas ni presupuestadas dichas prestaciones adicionales.*

*El órgano de contratación, en el informe emitido con ocasión del recurso, parte de la premisa de que todas las exigencias contenidas en el PPT se derivan del material cuya adquisición se pretende, obviando que la mera utilización los equipos incluidos igualmente dentro del objeto contractual –de modo inadecuado, según ya se ha expuesto– entraña también un coste económico para el contratista que es preciso desglosar, conforme a los preceptos de la LCSP recién extractados, cuando ni en el citado informe ni tampoco en la documentación preparatoria del expediente de contratación figura tal desglose, lo que contraviene el artículo 100 de esa norma legal. (...).*

*Las condiciones económicas del contrato revisten un carácter esencial, tanto en fase de adjudicación donde debe garantizarse que las licitadoras puedan tener*

*conocimiento de las mismas de cara a elaborar sus ofertas, como posteriormente en la ejecución del contrato, para que éste pueda ser llevado a efecto, de acuerdo con los planteamientos que sirvieron de base a la licitación, y con el contenido de la oferta seleccionada, por ello este Tribunal administrativo, a la vista de lo expuesto, no puede sino concluir que la falta de desglose del presupuesto de licitación, y por ende la indeterminación en la cuantificación de las prestaciones según establece la cláusula 2 del PPT, conlleva que el contrato no tiene un precio cierto que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada, lo que supone una vulneración del artículos 100, 102 y 301 de la LCSP, siendo estos extremos por tanto determinantes de la falta de proporcionalidad de las obligaciones que corresponden a las partes durante la ejecución del contrato, en cuanto a que no está garantizado el equilibrio entre ellas, de forma tal que ninguna obtenga un enriquecimiento injusto asistiendo, por tanto, razón a las recurrentes y procediendo la estimación de este concreto motivo de recurso y, en consecuencia, la anulación de las cláusulas del PCAP, 2.1.2 (valor estimado del contrato), 2.1.3 (presupuesto base de licitación) y 2.1.4 (precio del contrato), junto con los apartados y Anexos a que éstas remiten o sobre las que las mismas se fundan, así como la ya citada cláusula 2 del PPT».*

Pero es que además tal falta de determinación no puede justificarse como pretende el órgano de contratación en la imputación del coste de las distintas prestaciones al precio unitario a abonar por el suministro, pues lo cierto es que, tal y como señala la Resolución 148/2018, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ello convertiría el precio en incierto, pues al haberse imputado los costes de dichas prestaciones al precio unitario, el precio de las prestaciones adicionales será mayor o menor en función de la cantidad de suministro que soliciten los centros.

Así pues, procede la estimación del motivo de impugnación y, con ello, la anulación de la cláusula 8.3.1 del cuadro de características del contrato en lo relativo a la imputación al precio ofertado del coste del mantenimiento de las instalaciones y del sistema de televigilancia, así como las cláusulas 4.4 y 12 de las prescripciones técnicas en lo relativo al precio del suministro y su facturación, respectivamente.

NOVENO.- También en relación con el precio del contrato, denuncia la reclamante, con fundamento en las alegaciones detalladas en los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, la infracción de lo dispuesto en los artículos 42, 43 y 138 LFCP, indicando al respecto que éste no se adecúa al mercado y la ausencia de motivación de los precios unitarios fijados. Extremo sobre el cual señala la entidad contratante que para el cálculo del valor estimado del contrato se ha contemplado el artículo 42 de la LFCP y, en concreto, su apartado 8.a), incrementándose los precios unitarios del suministro actual (que ya contemplaban el coste de mantenimiento, tele-vigilancia y la formación) un 8,1% correspondiente al incremento del IPC estatal entre septiembre de 2017 y diciembre de 2021, incluyendo igualmente las prórrogas y modificaciones del contrato, resultando precios superiores a los de licitaciones similares efectuadas en otras Comunidades Autónomas y, por tanto, dentro de la situación actual del mercado.

Con carácter previo al análisis de la corrección del método utilizado para la determinación y de su adecuación al mercado debemos precisar que, en contra de lo alegado, las cantidades anuales estimadas, que constan en el Anexo 3 del cuadro de características y en la cláusula 2 de las prescripciones técnicas, toman como referencia los consumos de gases medicinales desde 2018 hasta la actualidad, de forma que el cálculo de los datos de consumo sí incluyen los años 2020 y 2021 teniendo en cuenta, por tanto, la incidencia de la pandemia; previsión que se contiene, igualmente, en el informe de inicio del expediente de contratación. Asimismo, según indica el informe de alegaciones remitido a este Tribunal, la situación de incertidumbre respecto al suministro energético también se ha tenido en cuenta, solventándose estableciendo una duración anual del contrato, siendo prorrogable, en lugar de definirlo como plurianual.

Dicho lo anterior, el análisis de la cuestión sometida a nuestra consideración ha de partir de la discrecionalidad que se reconoce al órgano de contratación para la determinación del valor estimado del contrato; si bien esta facultad discrecional no está exenta de control, debiendo motivarse debidamente su ejercicio al objeto de permitir aquel. Así lo ha manifestado este Tribunal, entre otros muchos, en su reciente Acuerdo 20/2022, de 22 de febrero, que, con cita del anterior Acuerdo 39/2021, de 22 de abril,

señala: *A este respecto, son numerosos los acuerdos de este Tribunal, en los que se establece que la fijación del precio constituye una facultad discrecional del órgano de contratación, por ser quien mejor conoce el interés público que busca satisfacer con el contrato. Baste citar el Acuerdo 100/2018, de 4 de octubre: “En ellos indicábamos que “es a la entidad contratante a quien corresponde determinar el importe del presupuesto del gasto de la contratación o, en su caso, la estimación de su repercusión económica, tal y como se desprende del artículo 34 de la LFCP, por ser quien mejor conoce el interés público que pretende satisfacer. La Administración contratante dispone de discrecionalidad técnica para establecer el presupuesto de la prestación contractual, siempre que no exista error o arbitrariedad y se preserven los principios rectores de la contratación. Facultad discrecional que tiene como límite, en orden a evitar que incurra en arbitrariedad, la necesaria motivación en el expediente de la determinación del precio del contrato.”*

*Motivación que igualmente se desprende de lo dispuesto en el artículo 138.3 de la LFCP, al señalar que “El expediente de contratación se iniciará mediante un informe razonado de la unidad gestora del contrato, exponiendo la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, idoneidad del objeto para satisfacerlas, características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato, adecuación del precio al mercado (...).*

Por lo tanto, no es en el pliego donde debe justificarse el valor estimado del contrato y la adecuación de su precio al mercado, sino que dicha justificación debe contenerse en el informe razonado de la unidad gestora del contrato; informe cuya publicación, tal y como hemos señalado anteriormente, no resulta preceptiva conforme a lo establecido en la LFCP y tampoco al amparo del artículo 23.1.e) de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, pues éste último dispone la publicación en el Portal de Contratación de Navarra de los informes jurídicos, técnicos y de intervención relacionados con el proceso de contratación pero únicamente respecto de los contratos formalizados.

Este Tribunal también ha insistido con anterioridad – por todos, Acuerdo 39/2018, de 7 de junio – en que la adecuada determinación del presupuesto del contrato

es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las prestaciones que constituyen su objeto, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y las obligaciones asumidas por cada una de las partes. Así, el desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio del contrato pueden ocasionar un grave perjuicio para el interés público, ya que se aumentan significativamente las posibilidades de ejecuciones inadecuadas de las prestaciones objeto del contrato que pueden dar lugar a su resolución. Por ello, los órganos de contratación deben, tanto al determinar los presupuestos de los contratos como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista, realizar los estudios económicos necesarios que permitan garantizar que el precio del contrato sea adecuado al mercado, incorporando dichos estudios como parte de los expedientes de contratación. Estudios que deben ajustarse a los sistemas de determinación del presupuesto establecido, en su caso, por la legislación contractual para los diferentes tipos de contratos, debiendo en todo caso presentar un nivel de desagregación suficiente, para permitir una valoración adecuada de las prestaciones objeto del contrato, hacer posible un adecuado control del gasto público y facilitar una correcta presentación de ofertas por las empresas al poseer una información más detallada sobre el presupuesto contractual, o en su caso de las contraprestaciones que recibirán por la ejecución del contrato.

Siendo esto así, no podemos sino señalar que en este supuesto cabe apreciar una deficiente justificación del precio del contrato y ello siquiera solo atendiendo al hecho de que, como hemos señalado anteriormente, dicho informe no recoge el valor de todas las prestaciones que integran el objeto del contrato.

Pero es que además si acudimos al referido informe de inicio del expediente de contratación se comprueba que se limita a afirmar que *los precios máximos estimados para el nuevo contrato de suministro se han calculado actualizando los precios de adjudicación de 2017 según IPC estatal actual (8.1%), resultando los siguientes precios unitarios: (...)*, sin mayor justificación; expediente donde tampoco consta estudio

económico alguno al respecto, revelándose así una deficiente motivación del precio del contrato.

Y no sólo eso, sino que si bien el artículo 42.8.a) LFCP prevé que en los contratos de suministros o de servicios que tengan un carácter periódico se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial, lo cierto es que el método a estos efectos empleado para dicho ajuste – esto es, el incremento del IPC, que no deja de ser un índice económico, una medida estadística, aplicado sobre los precios del anterior contrato - en modo alguno sirve para asegurar, por sí solo, que el precio del contrato que nos ocupa resulta adecuado al mercado, tal y como razona la Resolución 71/2022, de 17 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cuando señala que *El art. 100 determina que el presupuesto base de licitación será calculado con arreglo a los precios de mercado. Es necesario destacar que los precios de mercado no son el incremento del IPC específico del producto desde la última licitación a nuestros días, pues por un lado, el PBL determinará los precios de los próximos dos años, no del momento actual, por otro no siempre el IPC específico refleja el coste de mercado, máxime si transcurren varios meses desde la determinación del PBL al plazo de presentación de propuestas.*

*En el caso que nos ocupa al tratarse de un contrato mixto deberán desagregarse los distintos precios de cada una de las actuaciones, obras con sus especialidades, suministros con las suyas y sobre todo los servicios con las propias referidas a gastos de personal. Indicando los gastos directos e indirectos así como el beneficio industrial, todo ello justificado en el PCAP o en las memorias que conforman el expediente de licitación.*

Así pues, el método empleado para el cálculo del valor estimado del contrato no resulta ajustado a lo dispuesto en el artículo 42 LFCP, no garantizándose su adecuación al mercado, con infracción de lo señalado en el artículo 43 del mismo cuerpo legal; motivo por el cual procede la estimación de la reclamación en este punto y, por ende, la

anulación de las cláusulas 2 y 10.3 del cuadro de características del contrato, así como de los anexos 3 y 14 a que éstas se remiten, en lo relativo a la determinación de los precios unitarios, debiendo desestimarse la pretensión deducida en orden a la anulación de la cláusula 14 toda vez que en ésta se dispone que el plazo máximo de adjudicación será de un mes desde la apertura del sobre C, cuestión que nada tiene que ver con el motivo de impugnación alegado.

DÉCIMO.- Apunta la reclamante, en último lugar, la necesidad de incorporar un mecanismo para actuar frente a las situaciones extraordinarias que, derivadas de la pandemia, problemas de transporte y el incremento exponencial del coste energético, inciden en el régimen económico del contrato; y ello a través la inclusión de una cláusula de revisión de precios o de algún mecanismo que permita reequilibrar el contrato. Planteamiento que efectúa a modo de sugerencia, y que como tal pone de manifiesto que el pliego, en este concreto extremo, no adolece de infracción alguna como así apunta la propia reclamante cuando señala que este contrato no se encuentra entre aquellos que admiten la revisión de precios; motivo que impide a este Tribunal acoger tal planteamiento, pues su competencia se limita a resolver en derecho sobre los motivos de nulidad o anulabilidad alegados, sin que pueda compeler u obligar a las entidades contratantes a modificar aquellas previsiones de los pliegos que se insertan dentro de la legalidad.

Pero es que lo cierto es que tal planteamiento tampoco puede tener favorable acogida si atendemos a estrictos motivos de legalidad. Efectivamente, el artículo 109 LFCP, en relación con la revisión de precios, determina que *1. Los precios de los contratos públicos celebrados por las entidades sometidas a esta ley foral solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este artículo. Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.*

*La revisión de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de equipamiento de las Administraciones Públicas, los contratos de suministro de combustibles y en aquellos otros contratos en los que el periodo de*

*recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, previa justificación en el expediente.*

*Para llevar a cabo la revisión de precios será requisito imprescindible que el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20% de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización, excepto en los contratos de suministro de combustibles.*

*No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial.*

*2. No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.* Figura jurídica que, como expusimos en nuestro Acuerdo 41/2014, de 2 de septiembre, nace precisamente como una excepción a los principios de precio cierto y riesgo y ventura del contratista que constituyen la regla en los contratos administrativos; y así lo apunta el Informe 1/2022, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra, cuando indica que dicho principio es una premisa en la ejecución de los contratos públicos, que se refleja expresamente en el artículo 104 LFCP *La ejecución de los contratos públicos se realizará a riesgo y ventura del contratista*, y respecto de la que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016 afirma que *en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución.*

Pues bien, el precepto anteriormente transcrito pone de relieve que, conforme a la LFCP, la revisión de precios se encuentra notablemente limitada, con un carácter claramente restrictivo, pues sólo cabe la revisión periódica y determinada y únicamente en los específicos contratos públicos enumerados en el párrafo segundo del artículo 109.1 transcrito, donde no tiene encaje el contrato que nos ocupa. Previsión legal de carácter taxativo e imperativo que impide también acoger el planteamiento de la reclamante.

De igual modo, y respecto a la propuesta de introducir algún mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debemos advertir que, como indicamos en el precitado Acuerdo 41/2014, de 2 de septiembre, éste se prevé como contrapartida al "ius variandi" de la Administración y como derecho del contratista al mantenimiento de dicho equilibrio cuando, consecuencia de modificaciones de la Administración, se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación; posibilidad que contempla la LFCP en sus artículos 194 y 211 para los contratos de concesiones de obras públicas y de servicios, que tampoco es nuestro caso.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

#### ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE GASES INDUSTRIALES Y MEDICINALES frente al anuncio de licitación y los pliegos del contrato *OBI6/2021. Suministro de gases medicinales en los centros sanitarios dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2022*, licitado por dicho organismo autónomo, en los términos señalados en la parte expositiva, disponiendo la anulación de las cláusulas 2, 8.3.1, 9, 10.3, y los anexos 3 y 14 del cuadro de características, así como las cláusulas 4.4, 5.2 y 12 del pliego técnico; y, por ende, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE GASES INDUSTRIALES Y MEDICINALES, al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, a los efectos oportunos, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 13 de mayo de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.