



**Recurso nº 119/2013, 120/2013 y 123/2013**

**Resolución nº 132/2013**

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

En Madrid, a 5 de abril de 2013.

**VISTOS** los recursos interpuestos por D. A. S. C. y D. FJ. B. M., en representación de BAYER HISPANIA S.L.; D. Elías Mariano Ron García, en representación de JOHNSON & JOHNSON S.A. y D. Jorge Robles González, en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de productos sanitarios para varias Comunidades Autónomas y Organismos de la Administración del Estado (Expediente 13/008), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de febrero de 2013 y en el Boletín Oficial del Estado el 13 de febrero de 2013, así como en la Plataforma de Contratación del Estado, el Acuerdo Marco para la selección de suministradores de productos sanitarios para varias Comunidades Autónomas y Organismos de la Administración del Estado (Expediente 13/008).

**Segundo.** El 22 de febrero de 2013, la mercantil BAYER HISPANIA S.L. interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen dicha licitación, a cuyo recurso fue asignado el número 119/2013. En esa misma fecha hizo lo propio la mercantil JOHNSON & JOHNSON S.A., con el número de recurso 120/2013. Finalmente, el 25 de febrero de 2013, la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE



TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) interpuso parejo recurso con idéntico objeto, que fue tramitado bajo el número 123/2013.

**Tercero.** El 27 de febrero de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que acordaba la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 a 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 119/2013, 120/2013 y 123/2013 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al referirse a un mismo acto y fundar sus pretensiones sobre argumentos en gran medida idénticos.

**Segundo.** Los referidos recursos han sido interpuestos ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 TRLCSP.

**Tercero.** Debe entenderse que los recursos han sido interpuestos por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido. Ello es indudablemente así en lo que concierne a las mercantiles BAYER HISPANIA S.L. y JOHNSON & JOHNSON S.A., que han explicitado su voluntad de presentar oferta en el referido Acuerdo Marco, pero debe también admitirse en lo que atañe a la organización empresarial FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), en tanto ha acreditado que se trata de una *“una organización profesional de carácter federativo e intersectorial de ámbito nacional que asume la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses comunes de las empresas u organizaciones profesionales de empresas o empresarios que voluntariamente se integren en ella”*, contando entre sus fines *“la coordinación, representación, gestión, fomento, defensa y*



*tutela de los intereses generales y comunes de sus miembros y en particular (...) representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y comerciales frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros."*

Partiendo de lo dicho, es de recordar que, como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal, como la 29/2011 y 248/2012, *"parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos"*. En tal sentido, como se argumenta en esas resoluciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (verbigracia, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso, por lo que se ha de entender que FENIN está legitimada para plantear su pretensión de reforma de los pliegos.

También debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2.a) TRLCSP.

**Cuarto.** El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce, extremo que no admite duda alguna, atendido lo dispuesto en los artículos 40.2.a) y 40.1.a) TRLCSP.

**Quinto.** Sentado lo anterior, resulta conveniente, a fin de sistematizar la exposición, hacer recensión de los motivos de impugnación hechos valer por las actoras en sus recursos que, como se ha dicho antes, son en gran medida coincidentes.

A tal fin, cabe indicar que la mercantil BAYER HISPANIA S.A. fundamenta su recurso, tramitado con el número 119/2013, en los siguientes motivos:

- a) La cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en la que se establece el precio como criterio único de adjudicación del Acuerdo Marco, infringe lo



dispuesto en el artículo 150.3 TRLCSP, aplicable por remisión del artículo 197 del mismo texto legal.

- b) Las cláusulas 3.1.5, 4.2.1.b) y 4.3.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incurren en infracción del artículo 196.1 TRLCSP, al no detallar el lugar de entrega de los bienes objeto de suministro.
- c) La inclusión en los lotes 4 y 5, definidos en el apartado 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, de la obligación de suministro de lancetas y aparatos de lectura necesarios para el uso de las tiras reactivas que constituyen su objeto es contraria a los principios elementales rectores de la contratación.
- d) El Anexo VII, así como las cláusulas 4.2.1.b) y 4.2.1.c) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contravienen lo dispuesto en el artículo 150 TRLCSP, al definir de forma ambigua e imprecisa los criterios de adjudicación de los contratos derivados.
- e) El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incurre en infracción del artículo 196.1 TRLCSP al no detallar con claridad las cantidades estimadas que, por cada lote, habrán de adquirir las Administraciones partícipes.
- f) La cláusula 2.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas incurre en infracción de los artículos 292.4 y 25.2 TRLCSP.
- g) El valor estimado de los lotes 4 y 5, fijado en el Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, incurre en infracción del artículo 87.5 (ha de entenderse 88.5) TRLCSP.

La mercantil JOHNSON & JOHNSON S.A., por su parte, sin perjuicio de abundar sobre buena parte de los tales argumentos, añade otros adicionales que se enumeran a continuación:

- a) La cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incurre en infracción del artículo 9.3.a) TRLCSP, en tanto posibilita la adjudicación del Acuerdo Marco a varios licitadores.



- b) La cláusula 4.2.f) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incurre en infracción del artículo 198.4.e) TRLCSP al posibilitar la adjudicación de los contratos derivados a varios licitadores.

Finalmente, la ya referida FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), sin perjuicio de abundar, en todo o en parte, en los argumentos hechos valer por las otras recurrentes, esgrime otros adicionales, que cabe enunciar así:

- b) Infracción del artículo 206.4 TRLCSP por omisión del informe de la Dirección General de Patrimonio allí exigido.
- c) Las cláusulas 1.2.2 y 4.2.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares son contrarias a los principios rectores de la contratación, al facultar la disociación de la competencia para la adjudicación del Acuerdo Marco y de los contratos derivados.
- d) La cláusula 2.7.2.1.3.1. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es contraria a lo previsto en el artículo 77.1 TRLCSP.
- e) El objeto de los lotes 4 y 5, definidos en el apartado 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, no es idóneo y comporta una indebida restricción de la diversidad de sistemas de medición para el control de glucemia, con infracción del artículo 22 TRLCSP.
- f) Infracción del artículo 117 TRLCSP en la determinación de las especificaciones técnicas de los lotes 6 a 12.

**Sexto.** Se abordarán dichos alegatos por su orden, comenzando, en primer lugar, por el relativo a la aplicación, en la cláusula 2.3 del Pliego de referencia, del precio como único criterio de adjudicación del Acuerdo Marco, previsión que las recurrentes, como se ha dicho, consideran (por específica referencia a los lotes 4 y 5) incurso en infracción del artículo 150.3 TRLCSP.

En este particular, es indudablemente cierto que el artículo 197.1 TRLCSP establece que “para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en el Libro II, y en el Capítulo I del Título I de este Libro”, en cuyo seno se ubica el artículo 150.3, invocado por las actoras, en el que, efectivamente, se dispone, en



lo que ahora interesa (apartados d] y f]), que será preceptivo el empleo de más de un criterio de adjudicación, entre otros supuestos, en los contratos “*que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja*”, así como con en los “*contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados 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 factor determinante de la adjudicación*”.

El órgano de contratación, en el informe emitido en cumplimiento de lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, postula que no procede, sin más, la aplicación del citado artículo 150.3, dado que el Acuerdo Marco no es un contrato ni comporta la adjudicación de suministro alguno a las empresas seleccionadas.

Planteada así la cuestión, lo primero que ha de dejarse sentado es que, obviamente, la remisión del artículo 197.1 a las reglas y procedimientos de adjudicación contenidas en el Libro II, y en el Capítulo I del Título I de este Libro no puede tenerse por hecha de forma incondicional, sino que únicamente procederá en lo que sea conciliable con la propia naturaleza del Acuerdo Marco.

Partiendo de este hecho, parece asistir la razón al órgano de contratación cuando afirma que no es dable, sin más, establecer una lineal identificación entre esta categoría y los contratos que a su amparo puedan luego formalizarse.

En este sentido, no puede obviarse que la propia Directiva 2004/18/CE parte de la diferenciación entre ambas figuras, como se hace explícito en su artículo 1.5, que define al Acuerdo Marco como un “*acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas*”. Esta distinción entre ambas figuras subyace igualmente en muy diversos preceptos de la aludida Directiva, entre los que cabe citar (sin ánimo exhaustivo) los artículos 9, 35, 41 y 43.

Sin embargo, siendo cierto todo lo dicho, no lo es menos que esa identificación entre Acuerdo Marco y los contratos en su virtud formalizados no podrá obviarse cuando aquél



se haya concertado con una única empresa que, por ende, resultará ser la forzosa adjudicataria de los contratos derivados en él basados.

En el caso analizado, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de aplicación establece, en su cláusula 2.3, que la Mesa *“propondrá por cada uno de los lotes la selección de un número de licitadores igual al 50% (con redondeo al número entero superior) de las proposiciones recibidas (que cumplan con todos los requisitos técnicos y administrativos de los pliegos) con un mínimo de cuatro siempre que sea posible”*. No obstante, lo cierto es que dicha previsión no excluye, por completo, la eventualidad de que, a la postre, pueda existir un único seleccionado para alguno de los lotes, supuesto que sólo llegase a ser presentada una única oferta admisible. Y en tal caso, por mucho que, como señala la cláusula 4.2.1 del Pliego de aplicación, la ulterior adjudicación de los contratos derivados haya de tener lugar *“convocando a las partes a una nueva licitación”*, ninguna duda cabría de que su adjudicación habría de recaer, forzosamente, en el así seleccionado.

Desde esta perspectiva, parece razonable concluir (aún admitiendo la necesaria distinción conceptual entre Acuerdo Marco y contratos derivados) en el pertinente enjuiciamiento a la luz del artículo 150.3 TRLCSP del empleo de un único criterio de adjudicación en la cláusula 2.3 del Pliego de aplicación.

En este punto, dejando al margen el supuesto del artículo 150.3.d), en tanto no consta ni se ha adverbado, siquiera indiciariamente, que los bienes objeto de suministro requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada, hemos de valorar si, tal y como expresa el artículo 150.3.f), se trata de *“productos (...) perfectamente definidos por estar normalizados”*, no siendo *“posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato”*.

En lo que se refiere al primer inciso, es de recordar que el verbo “normalizar”, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, tiene tres acepciones, que significan, respectivamente, regularizar o poner en orden lo que no lo estaba; hacer que algo se establezca en la normalidad y tipificar, entendiendo por tal ajustar a un tipo o norma. De estas tres acepciones, sólo la última es de utilidad a los efectos que nos ocupan.



Las recurrentes afirman que no cabe entender que los bienes objeto de los lotes 4 y 5 sean productos normalizados, en tanto no han sido objeto del procedimiento especial de adopción de tipo previsto en el artículo 206.3.b) TRLCSP. Sin embargo, con ello apuntan una interpretación en extremo restrictiva de la expresión del artículo 150.3.f), que excluiría la aplicación de un único criterio de valoración a todos aquéllos contratos de suministro que no fueran objeto de contratación centralizada.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que los tales productos están perfectamente definidos “*a través de las especificaciones técnicas consensuadas para el Sistema Nacional de Salud por los órganos de contratación y plasmadas en el punto 2.3 del pliego de prescripciones técnicas*” y que, con ello, se da el supuesto del artículo 150.3.f).

Ciertamente, en el citado punto del Pliego de Prescripciones Técnicas se contiene una detallada descripción de las características técnicas de cada uno de los productos integrantes de los lotes 4 y 5, que son aquéllos en los que se centra la controversia, lo suficientemente exhaustiva y detallada como para tenerlos por perfectamente definidos, en términos que permiten entender que han sido ajustados a un tipo (término cuya primera acepción en el referido Diccionario es, por cierto, “modelo, ejemplar”, siendo “modelo” definido como “arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo”) y, como tales, “normalizados”, en la tercera de las acepciones antes expuestas, a los efectos del meritado artículo 150.3.f).

Debe, por ello concluirse, que la aplicación de un único criterio de adjudicación prevista en la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares resulta conforme a lo previsto en el artículo 150.3.f) TRLCSP, aplicable por remisión del artículo 197 del mismo texto legal. De igual modo, y por idénticos fundamentos, debería desestimarse el alegato de la también recurrente FENIN en lo que concierne a la previsión del Anexo VII del citado Pliego, que cuestiona en tanto permite igualmente que la adjudicación de los contratos derivados pueda verificarse con aplicación del precio como único criterio de adjudicación, sin perjuicio de lo que, con mayor alcance, se dirá sobre dicho Anexo VII en el fundamento jurídico noveno de esta resolución.





**Séptimo.** Sostiene, a continuación la mercantil BAYER HISPANIA S.L. (y, en términos similares, FENIN) que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de aplicación incurre en infracción del artículo 196.1 TRLCSP, así como del principio de transparencia que ha de regir la contratación del sector público, en tanto no detalla cual es el lugar de entrega de los bienes objeto de suministro, difiriendo a la ulterior licitación de los contratos derivados tal detalle, según se infiere de las cláusulas 3.1.5, 4.2.1.b) y 4.3.1.

Es cierto, en efecto, que la cláusula 4.2.1.b), al tratar de la nueva licitación que ha de preceder a la adjudicación de los contratos derivados, establece que, en el "sencillo protocolo" que a tal fin ha de elaborarse, se detallarán *“los plazos y lugar de entrega y todas aquéllas condiciones que se consideren necesarios”*.

Sin embargo, lo cierto es que no existe previsión legal alguna que haga exigible que tales extremos se expliciten necesariamente en los Pliegos rectores del Acuerdo Marco e impida, por ello, que se precisen con ocasión de la licitación de los contratos derivados. En este sentido, debe destacarse que la definición resultante del artículo 1.5 de la Directiva 2004/18/CE es expresiva al afirmar que su *“objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”*. Como puede comprobarse, de la citada definición se infiere que el único particular de prioritaria precisión (que no inexcusable, como luego se dirá) es el relativo al precio aplicable. Y si bien es cierto que, tal y como alega la actora, el lugar de entrega es una cuestión que puede tener incidencia en el precio ofertado, ello no es argumento bastante para hacer exigible su mención, pues no menor incidencia cabe atribuir a las cantidades previstas y, sin embargo, la propia dicción de la Directiva la hace excusable.

Más aún, como ya se ha anticipado, ni siquiera el precio es de obligada e inexcusable precisión, con carácter general, en los pliegos de cláusulas o condiciones de los Acuerdos Marco. Así lo ha aclarado la Nota explicativa de los Acuerdos Marco de la Comisión Europea (Documento CC 2005/03 de 14 de julio de 2005). En efecto, en el epígrafe 2.2 de dicha nota (ha de hacerse notar que el texto ahora transcrito es traducción libre de la versión inglesa<sup>1</sup>, al no constar una versión oficial en lengua española), tras recordar que la

---

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_en.pdf)

Directiva no exige que ciertos términos de los contratos sean establecidos desde el principio en el Acuerdo Marco propiamente dicho, añade con especial énfasis que ello es así incluso por lo que concierne al precio, argumentando que, por mucho que la definición del artículo 1.5 antes citada pudiera inducir a pensar de otro modo, así se infiere del segundo párrafo del artículo 54.2.

Sentado lo anterior, cabe indicar que tanto el artículo 32.4 de la Directiva 2004/18/CE como el artículo 198.4 TRLCSP admiten, implícitamente, que, en los Acuerdos Marcos celebrados con varios empresarios u operadores económicos, no todos los términos de los contratos derivados estén predeterminados y establecidos en el propio Acuerdo Marco, pudiendo precisarse en la nueva licitación a la que ha de convocarse a las partes.

Tal sería el caso en el supuesto analizado. En efecto, como se ha dicho con anterioridad, la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares parte de la existencia de una pluralidad (con un mínimo, en lo posible, de cuatro) de empresas seleccionadas para cada lote en el Acuerdo Marco, lo que faculta la entrada en juego del citado artículo 198.4 TRLCSP. Por otro lado, la cláusula 4.2.1 establece que, en todo caso, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, detallándose en el “sencillo protocolo” a que alude la cláusula 4.2.1.b), como ya se ha dicho, *“los plazos y lugar de entrega y todas aquéllas condiciones que se consideren necesarios”*.

Debe por ello concluirse que la previsión impugnada no incurre en infracción de la disciplina aplicable. Y, desde otra perspectiva, no puede dejar de señalarse que el Acuerdo Marco que nos ocupa encuentra amparo en la previsión del apartado 2 de la Disposición Adicional Vigésimo Octava del TRLCSP, en la que se establece que *“los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco de los previstos en el artículo 196, con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.”*

Siendo ese el caso y partiendo, por tanto, del hecho de que el Acuerdo Marco analizado tiene por objeto establecer los términos para el suministro no sólo a la Administración General del Estado sino también a once Comunidades Autónomas y dos Ciudades Autónomas, se hace evidente que la eventual designación de un único lugar de entrega en el Pliego de referencia devendría manifiestamente ilógica, debiendo reputarse perfectamente acomodada (sin comportar, como se ha dicho, infracción de la disciplina aplicable) a la naturaleza del Acuerdo el diferimiento de tal precisión a cada una de las licitaciones en que han de instrumentarse los contratos de él derivados.

Debe por ello desestimarse el alegato así formulado.

**Octavo.** Las recurrentes (todas ellas) impugnan también, desde distintos puntos de vista, las previsiones de los Lotes 4 y 5 del apartado 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en tanto en ellos se impone la obligación de suministrar, conjuntamente con las tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre, los aparatos de lectura y lancetas que sean necesarios para el uso de aquéllas.

En este punto, señala primeramente la mercantil BAYER HISPANIA S.L., que no se ha identificado correctamente en los anuncios publicados en el BOE y en el DOUE el código CPV correspondiente a las tales tiras reactivas, aparatos de lectura y lancetas, englobando todos ellos, así como otros diversos productos objeto de lotes distintos, bajo el código 3314000-3, referente al material médico fungible. Obviando toda otra consideración, lo cierto es que la recurrente no extiende su impugnación a los anuncios de licitación, razón por la que, en tanto el alegato se revela carente de toda vinculación causal con la pretensión ejercida (que se contrae a la anulación de los pliegos rectores), carece de todo sentido extenderse sobre el mismo, sin perjuicio de indicar que dicha identificación, si bien genérica, no resulta incorrecta.

En segundo lugar, la citada mercantil y la también recurrente JOHNSON & JOHNSON S.A. alegan que la citada previsión comporta infracción del artículo 150.1 TRLCSP, que exige que los criterios de valoración estén directamente relacionados con el objeto de contrato. El alegato así formulado parece querer sugerir, y en este sentido se expresa con mayor claridad la también actora FENIN (con cita, esta vez, de los artículos 86.1 y 87.1, así como

9.3.a) y 293, del TRLCSP), que la previsión del Pliego contravendría el principio general, plasmado en los tales preceptos, de que todo contrato ha de tener un precio y objeto cierto.

El alegato así opuesto, anticipéase ya, ha de prosperar, sin perjuicio de que deban ser matizados los argumentos de las actoras.

En efecto, no es dable entender, en rigor, que el pliego, pese a su dicción literal, esté exigiendo la entrega de los tales medidores y lancetas sin contraprestación alguna ni, desde luego, que unos y otras deban necesariamente ser objeto de una licitación separada o configurarse como integrantes de lotes diferenciados. Parece evidente que, por un lado, dichos elementos no pueden considerarse como extravagantes o ajenos al objeto del Acuerdo Marco y, más concretamente, al contenido de sus lotes 4 y 5, pues son claramente accesorios del bien que principalmente los integra (las tiras reactivas) y, por otro, parece también evidente que debe considerarse retribuida su entrega (partiendo del principio general de onerosidad de la contratación del sector público) de forma conjunta con el precio unitario satisfecho por las distintas tiras reactivas.

Sin embargo, y asumido lo anterior, ha de admitirse que las referencias del Pliego de Prescripciones Técnicas a la entrega “*del número de aparatos de lectura que sean necesarios para el uso de las tiras reactivas*” y del “*número de lancetas necesarias para el uso de las tiras reactivas*” adolecen de una evidente falta de precisión que permiten tener por conculcado el principio general de los artículos 86 y 87 TRLCSP, en virtud de los cuales tanto el objeto como el precio del contrato han de ser determinados. En efecto, una cosa es que las cantidades que han de ser objeto de suministro no deban ser necesariamente determinadas en el Acuerdo Marco, como antes se ha dicho, y otra que el bien unitario en cada caso objeto de suministro (y, por ende, el precio que por él ha de satisfacerse) no quede suficiente y precisamente determinado. Desde este punto de vista, parece evidente que el órgano de contratación ha de establecer en el Pliego de Prescripciones Técnicas una cierta relación cuantitativa, cociente o ratio entre las tiras reactivas y los lectores y lancetas que han de ser suministrados (verbigracia, y a título de mero ejemplo, uno por cada cincuenta, cien, mil tiras o las que corresponda), a fin de que los licitadores puedan realizar correctamente su oferta económica, asumiendo que el precio unitario por cada tira incorpora, por añadidura y por así decirlo, una parte alícuota (en la proporción que por dicho cociente o ratio corresponda) de medidor y lanceta. Referir,

como pretende el órgano de contratación, dicha precisión a unos indeterminados y sedicentes “*usos de mercado*” que, incluso de existir, pudieran ser objeto de muy distinta interpretación por los diversos licitadores y, sobre todo, por el órgano de contratación, se revela, a juicio de este Tribunal, contrario a las claras exigencias de los meritados artículos 86 y 87 TRLCSP.

A lo dicho no obsta que, como hemos expuesto con anterioridad, el apartado 2.2. de la Nota explicativa de los Acuerdos Marco de la Comisión Europea (Documento CC 2005/03 de 14 de julio de 2005) afirme que, con carácter general, el precio no tiene por que ser determinado en el Acuerdo Marco propiamente dicho. En efecto, sin perjuicio de admitir la validez general de dicho aserto, es evidente que debe reconocer como excepción aquellos casos en los que, como aquí ocurre, el precio sea criterio de adjudicación del Acuerdo Marco (no digamos ya si se trata del único criterio, sin perjuicio de lo señalado en el fundamento precedente).

Debe, por todo ello, estimarse el motivo de impugnación, en los concretos términos en que viene de exponerse: es decir, no se reputa contraria a derecho la exigencia añadida de tales medidoras y lancetas como objeto del contrato, pero sí exigible su más concreta determinación en la definición que de los tantas veces referidos lotes 4 y 5 se hace en el apartado 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

**Noveno.** Las recurrentes (todas ellas, en este caso) postulan, igualmente, la nulidad del Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, al que se remiten la cláusulas 4.2.1. b) y 4.2.1.c) de aquél, al entender que los criterios de adjudicación de los contratos derivados se establecen en dicho Anexo de forma ambigua e imprecisa.

El órgano de contratación, en el informe emitido en cumplimiento de lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, postula que la dicción del pliego está amparada en la previsión del artículo 198.4 TRLCSP que, como antes se ha expuesto, permite que, en los supuestos de Acuerdos Marcos celebrados con varios empresarios u operadores económicos, no todos los términos de los contratos derivados estén predeterminados y establecidos en el propio Acuerdo Marco, pudiendo precisarse en la nueva licitación a la que ha de convocarse a las partes. Sobre esta base, afirma que la necesidad de conjugar en el procedimiento las necesidades de las distintas administraciones partícipes ha aconsejado que, sin perjuicio

de definir en el pliego un elenco cerrado de criterios de adjudicación con su respectiva ponderación, se haya otorgado a aquéllas cierta libertad para elegir o seleccionar, en la nueva licitación que ha de convocarse para la adjudicación de los contratos derivados, aquellos criterios de entre los así definidos que estimen más adecuados a sus necesidades.

Sobre este particular, es indudable que, como antes se ha señalado, tanto el artículo 32.4 de la Directiva 2004/18/CE como el artículo 198.4 TRLCSP admiten implícitamente que en los Acuerdos Marcos celebrados con varios empresarios u operadores económicos, no todos los términos determinantes de la adjudicación de los contratos derivados estén predeterminados y establecidos en el propio Acuerdo Marco, pudiendo precisarse en la nueva licitación a la que ha de convocarse a las partes.

En efecto, el artículo 198.4 TRLCSP, tras afirmar que si *“el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación”*, admite también que *“cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco”*.

Y dicha dicción es reproducción casi literal de las previsiones del artículo 32.4 de la Directiva 2004/18/CE, en el que se establece que la adjudicación de contratos basados en Acuerdos Marco celebrados con varios operadores económicos podrá realizarse *“o bien mediante la aplicación de los términos establecidos en el acuerdo marco, sin convocar a las partes a una nueva licitación; o bien, cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, una vez convocadas las partes a nueva licitación tomando como base los mismos términos, precisándolos si fuera necesario, y, si ha lugar, otros indicados en el pliego de condiciones del acuerdo marco”*.

Ahora bien, lo cierto es que la propia dicción de los citados preceptos hace colegir que una cosa son los “términos” del contrato y otra los “criterios de adjudicación”. En este sentido, no puede obviarse que el artículo 198.4.e) afirma que, en la nueva licitación que en tales

casos ha de convocarse para la adjudicación de los contratos derivados,"*el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco*". En el mismo sentido, el artículo 32.4.d) de la meritada Directiva afirma que "*los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco.*"

De esta forma, parecería inferirse que, si bien en los Acuerdos Marco suscritos con una pluralidad de empresarios es dable diferir el concreto detalle, precisión o definición de los términos de los contratos a la nueva licitación que, para la adjudicación de los contratos derivados, ha de convocarse, los criterios de adjudicación de éstos han de resultar debidamente detallados en los propios pliegos rectores del Acuerdo Marco.

De cuanto antecede se deduce que el principio de transparencia y el de no discriminación exigen que en el acuerdo marco figuren detallados, según acabamos de indicar, los criterios que hayan de servir para la adjudicación de los contratos basados en él. Ahora bien, esto no puede ser interpretado en el sentido de no permitir una cierta flexibilidad a los órganos de contratación en el momento de precisar las condiciones en que deban ser adjudicados los tales contratos. Así se desprende del "considerando" 11 de la ya citada Directiva 2004/18/CE cuando señala que "*la nueva licitación debe cumplir determinadas normas destinadas a garantizar la necesaria flexibilidad y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato*". Flexibilidad que si se admite con respecto de la necesidad de concretar determinadas condiciones del acuerdo marco para fijar con exactitud el producto a seleccionar en la fase de adjudicación del contrato derivado, necesariamente debe llevarnos a permitir que sobre los criterios detallados en el acuerdo marco pueda llevarse a cabo también una cierta concreción. Claro está que, en aras de "*los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato*" a que alude el expositivo 11 de la Directiva citada, los criterios a utilizar en la adjudicación deben estar determinados previamente en el acuerdo marco, como ya hemos dicho, pero, es propio de la naturaleza de éste, que el órgano de contratación disponga de un cierto margen de discrecionalidad para poder elegir de entre los recogidos en él, aquellos que sean más adecuados a las características precisadas para los productos a adquirir y atribuirles la

ponderación o preferencia que mejor se acomode a la satisfacción de las necesidades que busca cubrir mediante el contrato derivado.

En este sentido, el Tribunal acoge plenamente el criterio sostenido en la Resolución 148/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad Autónoma de Madrid cuando dice: *“Este Tribunal entiende que si la ley permite acuerdos marco en que sea precisa una nueva licitación, cuando no todos los términos estén previstos en el mismo, deben poder aplicarse aquellos criterios de adjudicación que expuestos en el acuerdo marco, estén relacionados con el aspecto concreto del suministro que se quiera concretar, sin que sea posible por definición establecer a priori, cuáles de entre los posibles criterios expuestos han de utilizarse”*.

Claro está que la elección de qué criterios de adjudicación van a ser utilizados en cada caso y cuál es la ponderación o preferencia que debe atribuirse a cada uno de ellos debe hacerse en todo caso con exquisita observancia de las exigencias que derivan del principio de igualdad de trato entre los distintos licitadores. No obstante, es así mismo claro, que la apreciación de si se ha observado o no esta exigencia no puede hacerse más que en el momento en que, de conformidad con lo que prevé el artículo 198.4 del TRLCSP, deben concretarse los términos de la nueva licitación. Y es en este preciso momento, cuando si alguno de los licitadores considerase que se ha producido infracción del ordenamiento jurídico al precisar tales condiciones, podrá impugnar en los términos previstos legalmente, el establecimiento de las mismas.

Sentado lo anterior, debemos precisar que el reconocimiento de un cierto margen de discrecionalidad al órgano de contratación tiene un límite adicional al que acabamos de mencionar. En efecto, en el caso presente, en el que sólo se establece un criterio de adjudicación (el precio más bajo) para la selección de los futuros proveedores de los productos a que se refiere el acuerdo marco, la definición de los criterios de adjudicación y de la ponderación atribuible a los mismos debe hacerse con especial detalle habida cuenta de hasta qué punto su concreción condiciona las ofertas a formular por cada uno de los licitadores.

A tal respecto, conviene tener en cuenta que si la valoración que de las ofertas se hiciera en la fase del acuerdo marco tuviera en cuenta otros criterios además del precio, los



licitadores podrían estar suficientemente orientados en cuanto a los productos a ofertar. Por el contrario, atendiéndose en la fase previa tan solo al precio para la adjudicación y existiendo en el Anexo VII sólo un mínimo de precisión sobre cuáles serán los criterios a aplicar en las adjudicaciones futuras y sobre cuál habrá de ser la ponderación atribuida a cada uno de ellos, resulta especialmente difícil para los licitadores formular sus ofertas. Lo cual, por cierto, resulta perjudicial, no sólo para éstos, sino también para los propios órganos de contratación que, por esta circunstancia, pudieran verse privados de obtener ofertas más ventajosas desde el punto de vista de sus características técnicas o de su precio.

Ello lleva a entender que en base a la necesidad de no discriminar a los licitadores ya desde la fase de acuerdo marco y del principio de eficiencia debe acogerse parcialmente la alegación hecha a este respecto y declarar la nulidad del Anexo VII en cuanto establece los criterios de adjudicación aplicables a cada uno de los lotes en que se divide el acuerdo marco y la puntuación máxima atribuible a cada uno de ellos. Tal Anexo deberá redactarse en términos que vinculen a los órganos de contratación que deben adjudicar los contratos derivados en cuanto a los criterios de adjudicación a seleccionar y a la ponderación que debe corresponder a cada uno de ellos de forma que resulte suficientemente orientativa para los posibles licitadores a la hora de formular sus ofertas.

**Décimo.** Sostiene igualmente la actora BAYER HISPANIA S.L. que el pliego examinado esta viciado de nulidad por infracción del artículo 196.1 TRLCSP, al no detallar con claridad las cantidades estimadas por cada lote que habrán de adquirir las distintas Administraciones partícipes.

Tal alegato debe ser desestimado, con remisión a lo ya dicho en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución sobre la innecesaria determinación en el Pliego rector del Acuerdo Marco de todos los términos de los contratos derivados y, en particular, sobre las cantidades estimadas que habrán de ser objeto de suministro.

Por otro lado, si bien se apunta que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares facultaría a las Administraciones partícipes para modificar los lotes designados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, tal aserto no se ve, a juicio de este Tribunal, corroborado por su propia dicción, siendo lo cierto que el Anexo V de citado Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares referencia claramente a cada Administración a los distintos lotes en que participa y que la cláusula 4.2.1.a) establece claramente que los protocolos en que ha de instrumentarse la licitación de los contratos derivados han de cumplir, en todo caso, lo estipulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas y, por ende, la división en lotes allí establecida.

**Undécimo.** La recurrente BAYER HISPANIA S.L. (y, en términos similares, también FENIN) cuestiona la cláusula 2.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en tanto en ella se establece que *“la empresa adjudicataria se hará cargo de los gastos (...) originados por la (...) recogida de unidades caducadas, de acuerdo con lo que se establezca en los respectivos contratos derivados”*.

En primer lugar, señala la actora que dicha previsión es incompatible con el artículo 292.4 TRLCSP, así como con la doctrina resultante del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/08, de 28 de julio de 2008, por cuanto impone a las adjudicatarias, trasladándoles el riesgo a ello inherente, la obligación de reemplazar las unidades caducadas. Lo cierto, sin embargo, es que tal exigencia no se desprende de la dicción transcrita, lo que hace estéril debatir sobre tal particular.

A mayor abundamiento postula que, incluso si se entendiera (como, por otro lado, avala su dicción literal) que lo que se está pretendiendo es imponer al adjudicatario la prestación accesoria propia de un contrato de servicios, no guardaría la debida relación con el objeto principal exigida por el artículo 25.2 TRLCSP y, por otro lado, parecería exigirse con carácter gratuito.

Tal alegato no puede prosperar. Es patente que, como la propia actora admite, el artículo 25.2 TRLCSP permite que puedan fusionarse en un mismo contrato *“prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante”*. Y resulta evidente que, en el caso analizado, esa vinculación y complementariedad entre el suministro continuado de

cierto material médico fungible y la obligación de recogida de las unidades eventualmente caducadas concurre con manifiesta naturalidad.

De igual modo, no puede aceptarse que dicha prestación accesoria se imponga con carácter gratuito, sino, que como ya tuvo ocasión de indicarse en otro epígrafe precedente, debería considerarse la prestación de tal servicio accesorio retribuida con el precio unitario señalado para las distintas unidades objeto de suministro, en cuya determinación, como señala el órgano de contratación en el informe emitido al amparo del artículo 46.2 TRLCSP, se han tenido en cuenta todos los costes asociados al objeto del contrato, incluidos los derivados de tal eventual recogida.

**Duodécimo.** La recurrente BAYER HISPANIA S.L. alega también (con implícita impugnación de la cláusula 2.2.2 y del Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) que el valor estimado de los Lotes 4 y 5 no resulta debidamente motivado ni se ajusta a las condiciones de mercado. La también recurrente JOHNSON & JOHNSON S.A. circunscribe dicho reproche al lote 4, afirmando que el valor estimado representa una merma del 27,5% respecto del promedio de los expedientes de contratación con idéntico objeto sustanciados por las diversas administraciones, por lo que tiene por infringido el mandato del artículo 87.5 (ha de entenderse 88.5) TRLCSP. Finalmente, FENIN hace extensivo dicho reproche a los lotes 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12.

El órgano de contratación alega, en el informe emitido con arreglo al artículo 42.6 TRLCSP, que el valor estimado en cada caso señalado (recogido en el Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) se ha fijado con atención a los precios de adquisición facilitados por las distintas Administraciones o Servicios de Salud que participan en el Acuerdo Marco, detallando sus respectivos valores. La muestra así ofrecida es indudablemente más amplia que la facilitada por JOHNSON & JOHNSON S.A. (que basa su alegato únicamente en el examen del valor estimado, que no del valor de adjudicación, de cuatro licitaciones de otras tantas Comunidades Autónomas) o por la propia FENIN.

Es cierto, indudablemente, que los valores estimados señalados para la presente licitación se ubican muy significadamente en el umbral inferior de los respectivos rangos y, en muchos casos, corresponden o rondan el más bajo de los facilitados por las

Administraciones partícipes. Sin embargo, no puede dudarse de que el propio hecho de que hayan existido licitaciones por dichos importes es prueba patente, por la incontestable concurrencia de oferta y demanda, de que dicho valor es un valor de mercado y está dotado de racionalidad económica.

Por otro lado, no puede obviarse que dicho recurso a los valores extremos del umbral inferior del intervalo de precios remitidos por las Comunidades Autónomas partícipes es aún más lógico y comprensible si se atiende al hecho de que el uso de la figura del Acuerdo Marco garantiza a los empresarios seleccionados el acceso a unas compras masivas que pueden propiciar importantes descuentos. En este sentido, no puede dejar de resaltarse que buena parte de los valores elegidos corresponden a los precios de adjudicación en Ciudades Autónomas o Comunidades Autónomas con un menor volumen de población (así ocurre señaladamente en los lotes 2 y 9 -La Rioja-, 5 -Melilla-) en los que, lógicamente, no habrán podido por ello aplicarse economías de escala en idéntica proporción a la que facultará el presente Acuerdo Marco.

Dicha elección es, por otro lado, congruente con la finalidad perseguida por el Acuerdo Marco. Tal y como hemos señalado en nuestra Resolución 148/2012 *“el objetivo perseguido al utilizar este mecanismo es el de homogeneizar las condiciones a que han de ajustarse los contratos derivados, lo que es plenamente congruente con lo establecido en el citado artículo (196 TRLCSP): “Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado”. (...) Esos dos objetivos (homogeneizar y simplificar la contratación) justifican la utilización del acuerdo marco como instrumento para la contratación (...).*

*Ahora bien, como señala la Comisión Nacional de la Competencia en su "Guía sobre Contratación Pública y Competencia" a la que hace referencia la recurrente, quien se queda fuera del acuerdo marco se queda también fuera de los contratos derivados, por lo que su utilización puede ir asociada a la creación de barreras de entrada frente a los operadores que no forman parte del acuerdo. De ahí que, en el mismo artículo 196.1 señalado, se establece la cautela de que se puede acudir a la fórmula de acuerdos marco siempre que "no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se ve obstaculizada, restringida o falseada".*



A estas cautelas añadíamos que *“Sin embargo, las anteriores manifestaciones vienen a poner de manifiesto que desde el punto de vista de una cierta concepción del interés público, el de la eficacia gestora, la utilización del acuerdo marco resulta conveniente. No obstante, ya hemos tenido ocasión de declarar junto con un buen sector de la doctrina que la idea rectora de la contratación pública no reside, de conformidad con los postulados que subyacen en la legislación de la Unión Europea, en la idea del interés público por sí sola sino también en los principios de concurrencia, igualdad de trato y transparencia. No debe, sin embargo, interpretarse esta afirmación en el sentido de que el interés público como tal ya no se contempla en la regulación de nuestro ordenamiento jurídico sobre la contratación pública, sino más bien como una aseveración de que el acento de la regulación se pone fundamentalmente en los mencionados principios, en la medida en que también son manifestaciones del interés público, lo que debe traducirse en que si se produjera contradicción entre cualquiera de ellos y la contemplación del interés público desde otros ámbitos, deben primar aquéllos sobre ésta última.”*

Y concluíamos: *“La salvaguarda de la libre competencia, como señala el artículo 1 del TRLCSP, es un principio inspirador de la contratación pública y está presente de forma indirecta en los de libertad de acceso, publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. Pero también están entre esos principios, como señala el mismo artículo, el de "asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios...”*”.

Pues bien, es indudable que la opción adoptada por el órgano de contratación en la fijación del valor estimado es absolutamente racional tanto desde el punto de vista económico como el de la debida consecución de los meritados objetivos de control de gasto, estabilidad presupuestaria y optimización de recursos, sin que quepa apreciar, por las razones antes expuestas, que con ello haya introducido indebidas y desproporcionadas restricciones a la libre concurrencia.

Debe por ello concluirse, en la pertinente desestimación en este punto de la pretensión de las actoras.

**Decimotercero.** La recurrente JOHNSON & JOHNSON S.A. sostiene, por su parte, que la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es contraria a derecho, en tanto en ella se establece que la Mesa propondrá la adjudicación del Acuerdo Marco a una pluralidad de licitadores, con un mínimo, en lo posible, de cuatro. Considera que tal previsión es incompatible con el artículo 9.3.a) TRLCSP, en virtud del cual en los contratos de suministros por los que un 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”* la adjudicación *“se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.”*

Tal alegato no puede prosperar. Como ya se ha dicho, no cabe confundir los Acuerdos Marco (que no suponen, en rigor, un tipo contractual sino una técnica de contratación tendente a racionalizar la contratación pública) con los contratos derivados formalizados en su seno ni con cualesquiera otros contratos de suministro aisladamente concertados.

El alegato de la actora parte de una confusión de base: una cosa es que determinados contratos de suministro de tracto sucesivo tengan que seguir el procedimiento de adjudicación establecido para los Acuerdos Marco con un único empresario (que es lo que establece el artículo 9.3.a] TRLCSP) y otra, como parece pretender, que todos los Acuerdo Marco que tengan por objeto la ulterior contratación de suministros, deban formalizarse con un único empresario. En efecto, la eventual formalización de estos Acuerdos Marco con uno o varios empresarios es admitida indistintamente y sin restricción alguna en los artículos 196 y 198 TRLCSP, lo que evidencia la total carencia de fundamento del alegato analizado, que debe de este modo ser desestimado.

**Decimocuarto.** La misma mercantil JOHNSON & JOHNSON S.A. cuestiona la cláusula 4.2.f) del Pliego de aplicación, en la medida en que en ella se establece que los contratos derivados podrán ser adjudicados *“a uno o varios licitadores, de acuerdo con lo que se prevea en el protocolo al que hace referencia la letra b) anterior”*. Sostiene que dicha previsión es contraria a la clara dicción del artículo 198.4.e) TRLCSP, en el que, claramente, se afirma que *“el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco”*, en términos



concordantes con el artículo 32.4.d) de la Directiva 2004/18/CE, según el cual *“los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco.”*

El alegato debe ser estimado. Como ya se ha dicho reiteradamente, debe distinguirse entre Acuerdo Marco y contratos derivados. Y si bien para el primero está legalmente contemplada y admitida la excepcional posibilidad de que pueda adjudicarse a varios empresarios, en cuanto a los segundos se parte, claramente, del principio de que cada uno de los contratos derivados deberá reconocer un único adjudicatario y que, inequívocamente, tal designación deberá recaer, en singular, en el que presente la mejor oferta.

El órgano de contratación, en el informe emitido al amparo del artículo 46.2 TRLCSP, señala que la posibilidad de adjudicación del contrato a varios adjudicatarios está prevista en el artículo 193.5.c) del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, para los supuestos de contratación centralizada de bienes declarados de utilización común, supuesto en el que considera cabe incluir el Acuerdo Marco analizado, dada la dicción de la Disposición Adicional Vigésimo Octava del aludido texto legal.

Sin embargo, lo cierto es que, si bien tanto los Acuerdos Marco como la contratación centralizada son, como señala el artículo 194 TRLCSP, sistemas de racionalización de la contratación, no cabe confundir unos con otros, pues se trata de figuras bien diferenciadas. Y ello por mucho que la Disposición Adicional Vigésimo Octava aglutine bajo una misma rúbrica o título (“Adquisición Centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud”) las referencias -en sus apartados 1 y 3- a los procedimientos de adquisición centralizada de medicamentos y productos sanitarios y la más concreta alusión, en su apartado 2, a los Acuerdos Marco, que los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán concluir (como ocurre en este caso) de forma conjunta con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado.



Por otro lado, es claro que la elocuente dicción del artículo 198.4.e) debe prevalecer, como norma posterior de rango superior, sobre la del artículo 193.5.c) del Real Decreto 1098/2001, incluso si cualquier duda cupiere sobre su estricto ámbito de aplicación.

Debe por ello estimarse el alegato, con la consiguiente anulación de la cláusula 4.2.f) citada en lo que se contrae a la habilitación de la eventual adjudicación de cada contrato derivado a varios licitadores.

**Decimoquinto.** Resta, por último, atender a los alegatos de otro orden que han sido hechos valer exclusivamente por FENIN, comenzando por el relativo a la supuesta infracción del artículo 206.4 TRLCSP, por omisión del informe de la Dirección General de Patrimonio en dicho precepto exigido. Sobre este particular, sostiene el órgano de contratación en el informe emitido al amparo del artículo 46.2 TRLCSP que dicho trámite ha sido debidamente evacuado, y si bien es cierto que no consta en el expediente evidencia documental adicional que así lo adviere, debe partirse, atendido el principio general de han de tenerse por ciertos, salvo prueba en contrario, los hechos documentados en los documentos administrativos (artículo 317.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de su existencia, con la consiguiente desestimación del alegato así hecho valer.

**Decimosexto.** Alega igualmente FENIN que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares impugnado disocia indebidamente la competencia para la adjudicación del Acuerdo Marco (que se reserva al Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) y la que concierne a la adjudicación de los contratos derivados, al señalar en sus cláusulas 1.2.2 y 4.2.1 que ésta última se efectuará *“por los órganos competentes de las entidades participantes”*.

Tal alegato no puede ser estimado. Dejando al margen que esta eventualidad no encuentra obstáculo expreso en la dicción de los artículos 196 y siguientes TRLCSP ni en el artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE, no pueden obviarse las particulares características del Acuerdo Marco analizado, que ha sido convocado al amparo del apartado 2 de la Disposición Adicional Vigésimo Octava del citado texto legal, en la que, como ya se ha dicho, se establece lo que sigue:



*“2. Los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco de los previstos en el artículo 196, con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.”*

En efecto, la propia fisonomía del mecanismo así previsto avala la disociación a que la recurrente alude. Y es que, como puede verse, lo que se prevé es la conclusión conjunta del Acuerdo Marco, que no, como es lógico, la de los contratos derivados, siendo así que el uso del plural en la locución *“contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado”* evidencia que se parte del principio de su necesaria adjudicación separada por cada Administración partícipe a través del órgano en cada caso competente. A lo dicho nada obsta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de noviembre de 2012, a que hace reiterada mención por la actora, por referirse a un supuesto de Acuerdo Marco verificado en el seno de una única Administración, como tal inasimilable al ahora analizado.

Debe por todo ello desestimarse el alegato opuesto.

**Decimoséptimo.** A continuación, FENIN alega que la cláusula 2.7.2.1.3.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incurre en vulneración de lo dispuesto en el artículo 77.1 TRLCSP, al exigir que en la acreditación de la solvencia técnica se advere mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente que *“en uno de los últimos tres años, el volumen total de unidades suministradas por la empresa, se corresponda, al menos, con el 35% del número total de unidades estimadas en la licitación para ese lote”*, añadiendo luego que *“si por razones justificadas un empresario no puede facilitar las referencias solicitadas, podrá acreditar su solvencia técnica a través de declaraciones apropiadas y fundamentadas objetivamente, que hagan referencia a su capacidad técnica actual para garantizar el suministro, cada año, de al menos el 35% del número total de unidades estimadas en la licitación para ese lote”*.

Considera la actora que, aún asumiendo que, como señala el artículo 62 TRLCSP, corresponde al órgano de contratación la concreta determinación de los requisitos de solvencia exigibles, que habrán de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados al mismo, no es dable a aquél la libérrima elección de los medios de acreditación de tal solvencia, sino que ha de reconducirse, en lo que particularmente atañe a la solvencia técnica, a las estrictas categorías del artículo 77 TRLCSP.

Sobre esta base, sostiene que la exigencia incorporada a la cláusula impugnada sobrepasa dicho margen, toda vez que el detalle de las unidades suministradas no es una de las menciones que el artículo 77.1.a) exige a los certificados o declaraciones con que han de acreditarse los suministros efectuados durante los tres últimos años, siendo así, por añadidura, que la referencia al control de la capacidad de producción del empresario únicamente se contiene en el artículo 77.1.d), que no se cita, ni siquiera implícita o indirectamente, como medio de acreditación de la solvencia técnica en el aludido Pliego (en la cláusula 2.7.2.1.3 se hace mención, únicamente, de las categorías de los artículos 77.1.a] y 77.1.f]).

El alegato no puede ser estimado. Es indubitado, y así lo asume la recurrente, que corresponde al órgano de contratación determinar discrecionalmente los requisitos de solvencia técnica que juzgue adecuados, y ello dentro de los límites expresados en el artículo 62.2. Partiendo de este hecho, y aún admitiendo también que dichos requisitos deben guardar lógica vinculación con los medios legales que, entre los enunciados en el artículo 77 TRLCSP, a tal fin elija, no cabe apreciar que en el supuesto enjuiciado se haya incurrido en infracción de los tales principios.

Por un lado, es patente que en el contexto de un Acuerdo Marco, que conllevará unos enormes volúmenes de contratación, la exigencia de la acreditación, por los medios indicados, de la efectiva capacidad de asumir el suministro de hasta un 35% del número total de unidades estimado se revela como absolutamente lógica, evitando que puedan ser seleccionados licitadores que, a la postre, demuestren incapacidad para la asunción de los masivos y, eventualmente, simultáneos, contratos derivados que puedan girarse por las distintas Administraciones partícipes.

Y, sentado lo anterior, debe concluirse que cuando el artículo 77.1.a) TRLCSP, al referirse a la *“relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años”*, hace enunciación de que en dicha relación habrá de indicarse *“su importe, fechas y destinatario público o privado”*, no excluye con ello, en modo alguno que, al margen de la forzosa mención a tales extremos, pueda además reflejarse el dato meramente cuantitativo (connatural al contrato de suministro y, en todo caso, directamente vinculado con el precio, que sí es objeto de mención enunciativa expresa) del número de unidades suministradas.

Por otro lado, debe tenerse presente que, en el supuesto de que no fuere dable a los licitadores la obtención de certificados que así lo expresen, el pliego admite, en términos concordantes con el inciso final del artículo 77.1.a), que dicho extremo pueda adverbarse con una simple declaración del empresario sobre su capacidad *“técnica actual para garantizar el suministro, cada año, de al menos el 35% del número total de unidades estimadas en la licitación para ese lote”*. Es evidente que este medio alternativo de acreditación estará siempre disponible para el licitador, lo que impide considerar que la previsión controvertida introduzca, indirectamente, una indebida restricción a la libre concurrencia.

Debe, por ello, desestimarse el alegato hecho valer por la actora.

**Decimoctavo.** Sostiene igualmente FENIN que el objeto de los lotes 4 y 5, definidos en el apartado 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, no es idóneo y comporta una indebida restricción de la diversidad de sistemas de medición para el control de glucemia, con infracción del artículo 22 TRLCSP.

El artículo 22 TRLCSP establece que *“los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”*, añadiendo que *“a tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”*

La actora considera que esta previsión ha sido infringida por cuanto los lotes 4 y 5, tal y como son definidos en apartado 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, no permitirán disponer de la necesaria variedad de tiras reactivas que exige la muy diversa casuística de pacientes diabéticos.

Tal alegato no puede prosperar. La actora no ha cuestionado la idoneidad de los productos comprendidos en tales lotes para los fines a que se destinan, sino, más bien, que no podrán subvenir a todas las necesidades del Sistema Nacional de Salud. Pero como bien señala el órgano de contratación en el informe del artículo 46.2, el presente Acuerdo Marco no tiene carácter exclusivo ni excluyente, siendo lo cierto que el Sistema Nacional de Salud seguirá en todo caso obligado a proporcionar la debida atención a sus pacientes y que, por ende, podrá y deberá, en su caso, acometer procedimientos específicos y separados de contratación para la adquisición de los productos que sean indispensables para la cobertura de cualesquiera necesidades que no resulten debidamente atendidas en el marco de la presente licitación. No cabe, por ello, apreciar la infracción del artículo 22 TRLCSP que se invoca, debiendo desestimarse el alegato así formulado.

**Decimonoveno.** Finalmente, considera FENIN que en las cláusulas 2.7.2.1 y 2.7.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en relación con la determinación de las especificaciones técnicas de los lotes 6 a 12, se ha incurrido en infracción del artículo 117.2 TRLCSP, según el cual *“las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.”*

Cuestiona, en este sentido, que la exigencia del mercado CE no puede acreditarse, como exigiría el apartado 2.7.2.1, con un certificado del organismo notificado, sino con una declaración de conformidad del fabricante, y así lo admite el órgano de contratación en el informe del artículo 46.2 TRLCSP. Sin embargo, ello no debe llevar, como pretende la actora, a la anulación de la citada cláusula, sino más bien a su correcta interpretación y aplicación en los términos que postula, entendiendo que, a los tales efectos, la mención al certificado expedido por los institutos oficiales a que, con como medio general para la acreditación de la solvencia técnica, alude la cláusula 2.7.2.1, debe entenderse hecha a la citada declaración de conformidad.

Sostiene igualmente que los intervalos de absorción indicados en los tales lotes no se corresponden con los resultados de Norma armonizadora alguna. Sin embargo, lo cierto es que, como señala el órgano de contratación, ello no quiere decir que dichas especificaciones sean discriminatorias, como lo demuestra el que sean contempladas, según alega ese mismo órgano de contratación (en términos que deben presumirse veraces, a tenor del citado artículo 317.2 LEC), en el “Catálogo de Productos de Salud” del Colegio General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y asumidas por multiplicidad de fabricantes en la información sobre sus productos.

Respecto de las exigencias de absorción de los lotes 11 y 12, si bien señala la actora que no existe ningún producto en el mercado que les de cumplimiento (por lo que el objeto de la licitación sería imposible), lo cierto es que tal aserto no se advierte en modo alguno, alegando el órgano de contratación en su informe (con el valor que debe asignársele a los hechos en él reflejados, ex artículo 317.2 LEC) que *“se identifican con las que ya se están exigiendo en la actualidad por los servicios de salud en sus licitaciones y ofertando los fabricantes”*.

Idéntica respuesta deben merecer las objeciones a otras tantas menciones (contorno de cintura elástico, incorporación de un sistema de sujeción mediante tiras autoadhesivas, capa interior de tejido sin tejer resistente a la tracción, capa exterior impermeable, determinadas medidas de cintura o dimensiones globales y características antideslizantes) contenidas en alguno de los tales lotes así como a la aplicación de la previsión sobre plazos de caducidad contenidas en la cláusulas 2.5 y 2.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, pues el órgano de contratación alega (en términos no desvirtuados ni contradichos por prueba alguna y que, desde luego, escapan, como los anteriores, al ámbito de conocimientos de este Tribunal) que tales menciones son frecuentes en la descripción de sus productos por los distintos fabricantes y, en todo caso, vienen siendo exigidas en las licitaciones de los distintos Servicios de Salud.

Debe, por todo ello, sin perjuicio de insistir en el ya expresado carácter no exclusivo ni excluyente del presente Acuerdo Marco, concluirse en la procedencia de desestimar el alegato así hecho valer, pues la actora no ha adverado en modo alguno el carácter desproporcionado o discriminatorio de las tales menciones, cuyo empleo ordinario en las

convocatorias públicas y publicidad de los fabricantes se afirma, sin contradicción válida,

**Vigésimo.** Habiendo concluido el análisis de los motivos de impugnación, parece procedente, dada la extensión de esta resolución y la diversidad de los tales motivos, hacer recensión de los extremos de los pliegos impugnados que, con estimación parcial de los recursos interpuestos, se declaran anulados:

- a) La definición de los lotes 4 y 5 contenida en el apartado 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en lo que atañe a los términos de añadida exigencia de los medidores y lancetas allí aludidos, tal y como se expone en el fundamento jurídico octavo.
- b) El Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en los términos detallados en el fundamento jurídico noveno.
- c) La cláusula 4.2.f) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en lo que se contrae a la habilitación de la eventual adjudicación de cada contrato derivado a varios licitadores, tal y como se argumenta en el fundamento jurídico decimocuarto.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar parcialmente los recursos acumulados interpuestos por D. A. S. C. y D. FJ. B. M., en representación de BAYER HISPANIA S.L.; D. Elías Mariano Ron García, en representación de JOHNSON & JOHNSON S.A. y D. Jorge Robles González, en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de productos sanitarios para varias Comunidades Autónomas y Organismos de la Administración del Estado (Expediente 13/008), con anulación de las cláusulas enumeradas en el fundamento jurídico vigésimo y ello en los términos que en cada caso se detallan en el cuerpo de esta resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación acordada, al amparo del artículo 43.1 TRLCSP, en virtud de resolución de este Tribunal de 27 de febrero de 2013.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.