



Recursos nº 298 y 305/2024

Resolución nº 500/2024

Sección 2ª

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

En Madrid, a 18 de abril de 2024.

VISTOS los recursos interpuestos por D. J. C. B. H., en representación de EMSOR, S.L. y D. J. P. C. M., en representación de FUJIFILM HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., contra los pliegos que han de regir la adjudicación del contrato del *“Acuerdo Marco para el suministro, respetuoso con el medio ambiente, de equipos de mamografía para varias comunidades autónomas y centros del INGESA”*, con expediente AM 2023/141, en relación con los lotes 9 y 10, convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 18 de febrero de 2024, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto y urgente, para la adjudicación del acuerdo marco arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 15.546.094 euros y su objeto está dividido en 10 lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicado el anuncio de licitación en la fecha indicada, y los pliegos el día 19 de febrero de 2024, se interpone contra los pliegos el 6 de marzo de 2024, recurso especial



en materia de contratación por la empresa EMSOR, S.L., mediante presentación en el Registro Electrónico General de la AGE, recurso que es tramitado con el número 298/2024.

El día 7 de marzo de 2023, se interpone también contra los pliegos el recurso especial en materia de contratación por la empresa FUJIFILM HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., (en adelante, FUJIFILM) recurso que es presentado ante el Registro Electrónico General de la AGE, y tramitado con el número 305/2024.

Cuarto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo, así como el correspondiente informe emitido por el órgano de contratación, en el que interesa la desestimación de ambos recursos.

Quinto. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado con fecha 12 de marzo de 2024, de los recursos a los licitadores, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga, habiendo hecho uso de este trámite las empresas GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, GEH) y POLYGON, S.P.A., solicitando esta únicamente que se extienda la suspensión solicitada a todo el procedimiento de licitación y no solo a la adjudicación de los lotes a los que se refieren los recursos presentados.

Sexto. Por resolución de la Secretaria, dictada por delegación del Tribunal, de 14 de marzo de 2024, se ha concedido la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, con la excepción del plazo de presentación de ofertas, para la adjudicación de los lotes 9 y 10, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, hasta su levantamiento por la presente resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

De acuerdo con el artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos



Contractuales, procede la acumulación de los recursos 298/2024 y 305/2024, por identidad de contrato, órgano de contratación ante el que se recurre y alegaciones expuestas por los recurrentes.

Segundo. Se recurren diversas cláusulas de los pliegos (pliego de cláusulas administrativas —PCAP— y pliego de prescripciones técnicas —PPT—) que han de regir la licitación del acuerdo marco para la adjudicación de un contrato de suministros regulado en el artículo 16 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Tercero. Las entidades recurrentes han presentado su oferta a la licitación, por lo que ostentan legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. Por otra parte, el objeto social de ambos recurrentes está relacionado con el objeto del contrato y la redacción de los pliegos en los términos que exponen les resulta perjudicial para sus intereses.

Cuarto. Se han cumplido las previsiones de plazo establecidas en el artículo 50.1b) LCSP, al haberse interpuesto los recursos en el plazo de quince días hábiles que señala el referido precepto contados desde la publicación de la puesta a disposición de los pliegos.

Quinto. Las alegaciones de las empresas recurrentes serán examinadas conjuntamente, por la identidad en los motivos de impugnación esgrimidos, en este y en los fundamentos de derecho siguientes.

Ambas empresas impugnan la cláusula 2.2 del PPT, por cuanto este exige que al tiempo de licitación deberán estar vigentes los documentos acreditativos de la colocación del marcado CE en los productos ofertados.

Según los recursos, al exigir el marcado CE al tiempo de la presentación de las ofertas se limita la concurrencia, pues no se permite así la participación de las empresas que están



gestionando la obtención del certificado CE, pudiendo ser bastante la presentación de una declaración responsable del fabricante, al igual que se permite con los productos que todavía no están efectivamente comercializados. Razonan las empresas que cuantas más licitadores concurren en el procedimiento, más prestaciones adicionales se podrán incorporar posteriormente —tal y como pretende efectuar la cláusula 16.2.b) PCAP—, y de más soluciones clínicas dispondrán tanto los órganos adheridos al Acuerdo Marco como los pacientes.

Por su parte, el órgano de contratación, después de recordar que un acuerdo marco no es un contrato sino un sistema de racionalización de la contratación que ha de sujetarse a las mismas normas que cualquier otra licitación, informa que la cláusula 2.2 del PPT deriva del cumplimiento de la normativa especificada en el apartado 2 de los pliegos, entre la que se relacionan: el Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios (y Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, en lo que se mantenga su aplicación) y Reglamentos (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo 2017/745 de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios y 2023/607 de 15 de marzo de 2023, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2017/745 y (UE) 2017/746, en lo que respecta a las disposiciones transitorias relativas a determinados productos sanitarios y a productos sanitarios para diagnóstico in vitro, así como cualquier otra normativa que les resulte de aplicación.

Se indica que, exigir la vigencia del marcado CE al tiempo de la licitación, garantiza la igualdad entre todos los licitadores en el cumplimiento de los Pliegos al verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos a los mismos.

Además, se dice que no es posible diferir el cumplimiento de disponer del marcador CE al momento anterior a la adjudicación de los contratos basados. El órgano de contratación no contempla esa posibilidad en el sentido de que los acuerdos marco tramitados por el INGESA tienen por objeto la selección de suministradores, así como la fijación de las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministros basados. El INGESA es el competente para determinar los equipos que cumplen con las prescripciones técnicas establecidas y no las Administraciones adheridas, motivo por el cual el cumplimiento de



cualquier requisito requerido como obligatorio debe darse en el momento de la licitación del acuerdo marco.

Se debe tener la certeza de que el producto ofertado cumple con la regulación existente y no es admisible una oferta de un producto que, a fecha de realizar la oferta en la licitación, no haya demostrado que ha realizado el correspondiente registro de comercialización en el territorio español con su marcado CE, distintivo donde el fabricante indica que un producto es conforme con los requisitos aplicables establecidos en el Reglamento y otra legislación de armonización de la Unión aplicable donde se prevea su colocación.

Por ello, se dice que se busca la mayor concurrencia posible de licitadores, pero siempre con la salvaguarda del cumplimiento de la normativa sanitaria y de los requisitos técnicos determinados en los pliegos especificados por los expertos, dado el carácter técnico del objeto del acuerdo marco.

Finalmente, la empresa GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U (GEH), señala que la licitación trae causa de la Orden SND/682/2021, de 29 de junio, del Ministerio de Sanidad, de declaración de medicamentos, productos y servicios sanitarios como bienes de contratación centralizada, entre los que figuran los equipos de mamografía a suministrar. El acuerdo marco, según el PCAP, es una técnica para homologar los equipos que serán objeto de contratación, pero no constituye en sí mismo el contrato de suministro, sino que recoge las condiciones a que deberán ajustarse los contratos basados durante el periodo de duración del acuerdo marco. Y el apartado 2.1 del Cuadro de Características del PCAP indica que el objeto de este acuerdo marco se refiere a equipos de mamografía *“que tienen la condición de productos sanitarios”*. Y, si un producto no dispone de marcado CE no tiene, en el ámbito de la Unión Europea, la condición de producto sanitario válido y conforme, citándose en este sentido los Reglamentos (UE) 2017/745, de 5 de abril de 2017 y 2063/607, de 15 de marzo.

Examinadas las alegaciones anteriores y tomado en consideración el sentido del informe presentado por el órgano de contratación, la impugnación de la cláusula 2.2 del PPT que hacen los recursos este motivo será desestimado, por cuanto la posible limitación a la concurrencia que se pueda producir por exigir el marcado CE en los productos al tiempo



de la licitación del acuerdo marco está amparada por la legislación vigente en materia de contratación pública, así como la sanitaria.

El derecho a concurrir a una licitación pública no es un derecho absoluto, y las empresas que así lo desean deben respetar y cumplir con los requisitos técnicos que exigen las Administraciones Públicas, sin más límite en esta exigencia que la de no discriminar.

Límite que aquí no se rebasa, pues resulta ajustado a Derecho que los productos que se oferten al inicio de la licitación dispongan de marcado CE, debido a que es a partir de este momento cuando los productos sanitarios son susceptibles de ser ofrecidos al mercado y no antes. Y esto es así, por cuanto con el marcado CE se garantiza que cumplen con los requisitos técnicos que establece la normativa de aplicación.

El marcado CE lo exigen los artículos 13.2.a), 14 y 20.4 del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios. Estos artículos imponen a los importadores y distribuidores el deber de comprobar que los productos sanitarios disponen de marcado CE antes de realizar su importación o su distribución. Y resulta especialmente relevante el artículo 20.4 del Reglamento referido, que establece con claridad que *“El marcado CE se colocará antes de que el producto se introduzca en el mercado”*.

Por consiguiente, debe rechazarse la impugnación que se hace de la cláusula 2.2 del PPT, por cuanto es ajustado a Derecho evitar que presenten sus ofertas quienes no puede ofrecer aquello que o bien todavía no está en el mercado, o bien no puede ser importado ni distribuido.

No resulta para ello suficiente el que se esté gestionando la obtención del certificado CE, por cuanto el resultado de esta gestión no está a priori garantizado. Y por este mismo motivo, también debe rechazarse que una declaración responsable subsane la falta de la certificación exigida por la legislación comunitaria, la cual vela por la seguridad de los usuarios del sistema sanitario, esto es, los pacientes.

Además, debemos indicar que la exigencia del cumplimiento de la normativa sanitaria, verificado mediante la exigencia del marcado CE al tiempo de la licitación, viene referida al



producto a suministrar, y no a las empresas o licitadores en cuestión. Por lo que la cláusula 2.2 no restringe la competencia, sino solo imposibilita la oferta de productos que no tengan el certificado CE. Por lo que es perfectamente posible que cualquier empresa pueda concurrir a la licitación con el fin de suministrar productos con marcado CE, ya porque ya sean fabricante de estos, ya porque los adquieran mediante acuerdos con terceros que actúen como proveedores.

Por último, debemos recordar que el órgano de contratación goza de discrecionalidad técnica a la hora de decidir las especificaciones técnicas exigidas en los pliegos. Ya en la resolución 1507/2023, de 16 de noviembre, decíamos:

«Ahora se ha de recordar la doctrina de este Tribunal en el ámbito de la determinación de prescripciones técnicas, que viene de ser refrescado en la Resolución nº 1653/2022, de 29 de diciembre, citada en la más reciente nº 577/2023, de 18 de mayo:

“Sobre la conformación de las prescripciones técnicas conviene recordar la doctrina del Tribunal, que puede resumirse en las siguientes afirmaciones:

- El diseño de las especificaciones técnicas del contrato forman parte de las valoraciones técnicas que competen al órgano de contratación, que conoce las necesidades que pretende cumplir con la contratación. Se ubica, por lo tanto, en el ámbito propio de la discrecionalidad técnica (Resoluciones 490/2022 de 27 de abril, 603/2022 de 26 de mayo o 866/2022 de 13 de julio). En consecuencia, como dijimos en la Resolución 1244/2022 de 13 de octubre de 2022, ‘tan solo en el caso en el que pueda advertirse una vulneración de los principios esenciales de la contratación, como pudieran ser los de concurrencia o igualdad entre los licitadores, o bien la existencia de arbitrariedad o error patente, podrá atenderse a una pretensión impugnatoria de la decisión del órgano de contratación (...).’

- Corolario de la anterior afirmación es que la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución 156/2013 de 18 de abril).



- Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto (Resoluciones 1926/2021 de 22 de diciembre o 365/2021 de 9 de abril)”».

Por todo ello, dado que la decisión del órgano de contratación está amparada por la discrecionalidad técnica, sin que se haya demostrado que su decisión es irrazonable o que restringe la competencia, pues puede concurrir cualquier empresa que disponga de productos propios o de terceros con marcado CE, el motivo de impugnación se desestima.

Sexto. Impugnan las empresas recurrentes también como segundo motivo de sus recursos la cláusula 16.2 del PCAP, por cuanto en su opinión incurre en inseguridad jurídica para los licitadores. Se critica el que sea el precio el único criterio de adjudicación para la adjudicación directa de los contratos basados, sin tener en cuenta la calidad de los productos a suministrar, lo que infringe el artículo 145 LCSP, que solo permitiría este criterio cuando los productos están normalizados en el mercado.

Se incide también en ambos recursos en que los licitadores pueden aportar mejoras o alternativas según el Anexo XI, que establece una extensa relación de criterios de adjudicación relativos a la calidad, por lo que la adjudicación de los contratos basados no puede reducirse al precio, citando en este sentido la resolución de este Tribunal 261/2022.



Por su parte, el órgano de contratación incide en que esta actuación ya ha sido avalada por el Tribunal, citando la misma resolución que las empresas recurrentes, además de las resoluciones 25/2018 y 260/2022, según las cuales el precio solo opera como criterio de adjudicación para el caso de que no sea necesaria una nueva licitación, previamente ya se han fijado las condiciones técnicas de los productos a suministrar, y la adjudicación del acuerdo marco se entiende como una preselección de los potenciales licitadores de los posteriores contratos basados, que deben cumplir con las características técnicas exigibles, por lo que el precio no es el único criterio, sino que también se tiene en cuenta un componente técnico.

Según el informe del órgano de contratación la cláusula 16.2 del PCAP distingue dos supuestos diferenciados:

En la letra a) se establece el procedimiento que se corresponde con el supuesto previsto en el último inciso del primer párrafo de la letra a) del artículo 221.4 de la LCSP, es decir, supuestos en los que se considera que el acuerdo marco ha establecido todos los términos para la adjudicación de los contratos basados. Según este escenario, existiría una necesidad a cubrir y se confronta la necesidad a cubrir con las soluciones adjudicadas en el Acuerdo Marco, pudiendo surgir dos posibles situaciones:

“- Sólo una de las soluciones seleccionadas en el acuerdo marco se considera idónea para el abordaje de la necesidad a cubrir. En este supuesto y de acuerdo con lo previsto en la letra a) de la cláusula 16.2 del PCAP, será aquella solución con la que se materializará el contrato basado, en base a dicha idoneidad. En caso de que la solución seleccionada no sea la de menor precio, debe constar en el expediente una memoria con la justificación clínica, técnica y/o funcional que sustente la elección.

- Son varias las soluciones seleccionadas en el Acuerdo Marco que pueden dar idéntica solución a la necesidad clínica a cubrir: sólo en este caso (cualquiera de las soluciones da igual respuesta) será el precio el criterio de adjudicación”.

Por otro lado, en la letra b) del PCAP se contempla el procedimiento establecido en los apartados 4.b), 5 y 6 del artículo 221 de la LCSP, es decir, aquellos supuestos en los que se considera necesario, por el órgano de contratación que licite el contrato basado, la



inclusión de criterios adicionales a los inicialmente previstos y que sirvieron para la adjudicación el acuerdo marco. En este caso deberá realizarse una nueva licitación invitándose a todas las empresas parte del acuerdo marco adjudicatarias del lote correspondiente, siendo en este caso los criterios de adjudicación alguno de los criterios establecidos en el Anexo XI del PCAP, en los que no solo se incluye el precio.

Por este motivo, señala el órgano de contratación que la argumentación expresada en los recursos tiende a confundir el enfoque que el ordenamiento da a la configuración del acuerdo marco *versus* a la del contrato propiamente dicho. En este sentido, es cierto que la normativa de contratación exige de manera general la concreción de todos los términos del contrato, pero esto no es así (consecuencia de su distinta naturaleza) respecto a los acuerdos marco.

Finalmente, la empresa GEH defiende la legalidad del criterio con cita a la resolución 261/2022 de este Tribunal, resaltando que estamos ante el mismo supuesto que se resolvió en la resolución citada, por lo que no cabría apreciar la infracción que invocan los recursos.

Examinadas las alegaciones y lo informado por el órgano de contratación, se hace preciso examinar la cláusula impugnada en cuestión, así como la doctrina seguida en la resolución 261/2022, que es citada tanto en justificación de la impugnación del PCAP como en defensa de su legalidad.

A estos efectos, se constata que la cláusula 17 del Cuadro de Características señala lo siguiente:

“la adjudicación de los contratos basados se realizará de acuerdo con lo establecido en la cláusula 16.2 del PCAP:

a) De forma directa, sin nueva licitación: cuando varias de las soluciones seleccionadas en el Acuerdo Marco sean idóneas para satisfacer la necesidad clínica, técnica y/o funcional a cubrir, el criterio de selección entre éstas será el precio.

b) Con nueva licitación: todos los contratos basados en los que no estén establecidos todos los términos al poderse incluir alguno/s de los criterios objetivos establecidos en el ANEXO



XI de este pliego, deberán contemplar en dicha licitación el criterio precio, así como alguno de los señalados en el citado ANEXO XI”.

Por su parte, la cláusula 16.2 del PCAP, a la que se remite la cláusula anterior, establece en lo que atañe al objeto de estos recursos:

“16.1. ÓRGANO DE CONTRATACIÓN COMPETENTE

El órgano de contratación será el que resulte competente de cada entidad participante en el Acuerdo Marco.

16.2 PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

En el procedimiento de adjudicación de los contratos basados se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

a. Adjudicación directa: Con carácter general, los contratos basados podrán realizarse según lo previsto en el artículo 221.4.a) de la LCSP, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación. En el caso de que varias de las soluciones seleccionadas en el Acuerdo Marco sean idóneas para satisfacer la necesidad clínica, técnica y/o funcional a cubrir, el criterio de selección entre éstas será el precio.

b. Procedimiento de adjudicación de los contratos basados con nueva licitación:

Deberán ser objeto de nueva licitación todos los contratos basados de todos los lotes en los que se desee incluir alguno/s de los criterios establecidos en el ANEXO XI de este pliego, mediante el procedimiento establecido en los apartados 4.b), 5 y 6 del artículo 221 de la LCSP, y de acuerdo con lo indicado en esta cláusula.

b-1) Número mínimo de empresas a invitar y plazo mínimo de presentación de ofertas:

En base a lo establecido en el artículo 221.6.a) de la LCSP, se invitará a la licitación a todas las empresas parte del Acuerdo Marco adjudicatarias del lote correspondiente, concediendo un plazo mínimo de presentación de ofertas de 10 días naturales.

b-2) Criterios de valoración de las ofertas:

El Acuerdo Marco es una técnica para homologar los equipos que serán objeto de contratación, pero no constituye en sí mismo el contrato de suministro, sino que recoge la condiciones a las que deberán ajustarse los contratos basados durante el período de duración del Acuerdo Marco.

La inclusión de alguno o algunos de los criterios establecidos en el ANEXO XI para los contratos basados que formalicen los órganos de contratación responsables de los mismos, puede suponer que el equipo varíe respecto del adjudicado en el Acuerdo Marco al incluir características adicionales al ofertado inicialmente, pero en todo caso, el equipo que se oferte en el contrato basado, deberá cumplir con las características exigidas en el PPT del Acuerdo Marco así como con las prescripciones que se exijan en el documento de licitación que regirá el contrato basado.

Los criterios de valoración a concretar en los documentos de licitación que regirán las segundas licitaciones de los contratos basados deberán ser necesariamente alguno de los siguientes:

- Precio de la oferta: Este criterio será obligatorio y deberá valorarse con, al menos, el 25% de los puntos.

El precio podrá ser superior al de adjudicación en el Acuerdo Marco en los contratos basados con segunda licitación en los que se incorporen prestaciones adicionales a las mínimas contempladas en el PPT como de obligado cumplimiento, que supongan que el equipo objeto de adquisición a través de la segunda licitación sea diferente al adjudicado en el Acuerdo Marco. Será el órgano de contratación correspondiente el que deba establecer el presupuesto de licitación para el procedimiento de segunda licitación.

- Otros criterios de valoración: Alguno de los señalados en el ANEXO XI del presente pliego”.



Visto lo anterior, debemos recordar la regulación que, sobre la adjudicación del contrato basado, contempla el artículo 221.4 LCSP, la cual resulta relevante para la resolución de los presentes recursos:

“4. Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con varias empresas, la adjudicación de los contratos en él basados se realizará:

a) Cuando el acuerdo marco establezca todos los términos, bien sin nueva licitación, bien con nueva licitación. La posibilidad de aplicar ambos sistemas deberá estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco y dicho pliego deberá determinar los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, así como los términos que serán objeto de la nueva licitación, si este fuera el sistema de adjudicación aplicable. Para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación.

Las previsiones anteriores serán también aplicables a determinados lotes de un acuerdo marco, siempre que, en relación con ese lote o lotes en concreto, se hubiera cumplido con los requisitos fijados en el citado apartado y con independencia de las previsiones de los pliegos en relación con el resto de lotes del acuerdo marco.

b) Cuando el acuerdo marco no establezca todos los términos, invitando a una nueva licitación a las empresas parte del acuerdo marco”.

El citado precepto fue objeto de interpretación en la resolución 261/2022, de 24 de febrero de 2022, que nos ha sido citada, y en ella se confirmó el precio como criterio único para la adjudicación de los contratos basados del siguiente modo:

«En el artículo 221 de la LCSP se distinguen —dentro de los casos de adjudicación de los contratos basados o derivados de un acuerdo marco— entre: (i) los supuestos en los que se haya concluido el acuerdo marco con un solo empresario, en cuyo caso, el contrato basado se adjudica a éste “con arreglo a los términos en el establecidos” (apartado 3º de

dicho precepto); y, (ii) los casos en los que, el acuerdo marco, se concluya con varios empresarios, previstos en el apartado 4º.

En la letra a) de este último se establece cómo ha de tener lugar la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco y, así, dispone: “cuando el acuerdo marco establezca todos los términos, bien sin nueva licitación, bien con nueva licitación. La posibilidad de aplicar ambos sistemas deberá estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco y dicho pliego deberá determinar los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, así como los términos que serán objeto de la nueva licitación, si este fuera el sistema de adjudicación aplicable. Para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación”.

El párrafo anterior se encuentra transcrito dentro del apartado 11.2 del Cuadro de características, donde se establecen las dos posibilidades previstas en él:

- la adjudicación de los contratos basados sin nueva licitación, contenida dentro de la letra a) de este apartado, que tendrá lugar cuando las soluciones seleccionadas en el Acuerdo Marco sean idóneas para satisfacer la necesidad clínica a cubrir, en cuyo caso el criterio de selección será el precio;*
- la adjudicación que requiera nueva licitación, a la que se deberá acudir cuando se den las condiciones de la letra b), esto es, cuando se aprecie la necesidad de tener en cuenta condiciones objetivos de índole clínica o logística que puedan afectar a la selección de la oferta más beneficiosa, siempre y cuando existan varios adjudicatarios en el lote en cuestión.*

Por tanto, como se ha expuesto, el criterio de adjudicación “precio” sólo opera como criterio de selección en el caso de que no sea necesaria una nueva licitación, que tiene lugar cuando varias de las soluciones preseleccionadas en el acuerdo marco sean idóneas para satisfacer la necesidad clínica a cubrir, por lo que previamente ya se han fijado las



condiciones técnicas de los productos a suministrar, de manera que el precio no llega a operar como único criterio de adjudicación.

Y, con mayor medida se puede afirmar que en el segundo caso, la necesidad de una nueva licitación, se basa en que surjan “condicionantes objetivos de índole clínica o logística”, que puedan afectar a esa selección, por lo que tampoco se tiene en cuenta únicamente el precio ofertado, que solo juega como criterio de desempate, conforme a lo establecido en el apartado 11.2 in fine del Cuadro de Características.

Ninguna duda plantea el apartado 11.1 de dicho Cuadro, en cuanto regula la adjudicación del acuerdo marco, estableciendo que se seleccionarán los empresarios en función de las proposiciones presentadas, siendo sólo admisibles aquéllas “cuyo precio sea igual o inferior al de licitación” siempre que acrediten todos los requisitos relativos a la personalidad, capacidad y solvencia, “así como los correspondientes al cumplimiento de las características técnicas exigibles para cada suministro en los pliegos”.

Por tanto, la adjudicación del acuerdo marco se entiende como una preselección de los potenciales licitadores de los posteriores contratos basados, para lo que deben acreditar que cumplen todo lo regulado en ese apartado, dentro del cual se incluye no sólo el precio, sino, además, todos los extremos concernientes al cumplimiento de las características técnicas exigibles, de manera que no aparece el precio como criterio único, sino que también se tiene en cuenta un componente técnico. Adicionalmente, el precio en este caso, no opera como criterio de adjudicación, puesto que no supone dar más puntos a quien presente el precio más bajo, sino como condición de admisión para poder entrar en el acuerdo marco, de manera que sólo las proposiciones con un precio igual o inferior al de licitación, pueden resultar adjudicatarias del mismo».

Este criterio ha sido reiterado en las resoluciones 258/2022, 260/2022 y 262/2022, todas de igual fecha y siendo la misma la entidad licitadora del acuerdo marco, INGESA. En consecuencia, considerando que la redacción de la cláusula 16.2 del PCAP, así como la cláusula 17ª del Cuadro de Características, son de igual o similar contenido a la cláusula de los Pliegos que fue confirmada por las anteriores resoluciones, solo queda concluir que

la cláusula impugnada es ajustada a Derecho pues el artículo 221.4 LCSP permite configurar el precio como criterio único de adjudicación.

A lo dicho debe añadirse que, en contra de lo que consideran las empresas recurrentes, en puridad estamos ante un supuesto de hecho que guarda identidad de razón que prevé en el artículo 145.3.f) LCSP.

En efecto, si no hay que hacer una nueva licitación, una vez admitidos todos los productos a suministrar, ya que todas las soluciones preseleccionadas son admisibles, se da la circunstancia de que los productos están ya perfectamente definidos, al igual que también los están sus plazos de entrega y recepción, por cuanto que este plazo se determina por indicación de las entidades participantes, al preverlo así la cláusula 16.4.1 del PCAP, y ya nada pueden ofrecer sobre este extremo las empresas seleccionadas. Así las cosas, lo único que puede variar es el precio, tal y como ocurre en el supuesto previsto en el artículo 145.3.f) LCSP.

Y aunque el anexo XI permitiría la aportación de mejoras o alternativas como nos dice la empresa EMSOR, esto no invalida el razonamiento anterior, pues el anexo XI se aplica en el supuesto previsto para cuando haya nueva licitación, donde el precio no es el único criterio de adjudicación, sino que tiene una ponderación del 25% en el total de la puntuación a repartir.

En definitiva, la alegación decae por cuanto no es coherente con el contenido del PCAP ni tampoco, debemos decir, con el sentido de lo resuelto en la Resolución 261/2022, que cita como fundamento de la misma. Por todo ello, se debe concluir que la configuración prevista en la cláusula 16.2 del PCAP se ajusta tanto al artículo 221.4 LCSP como al 145.3.f) LCSP, y por este motivo su impugnación se desestima.

Séptimo. Al hilo de la anterior alegación, impugnan también las dos empresas recurrentes la falta de definición en los criterios de adjudicación recogidos en el anexo XI del PCAP, que no están baremados ni tasados, y que no determinan si es o no necesario realizar una nueva proposición económica, alegando falta de seguridad jurídica y desconocimiento previo para los licitadores.

El órgano de contratación informa al respecto que según la resolución 664/2019, de 20 de junio del Tribunal, *“en aras de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato, los criterios a utilizar en la adjudicación deben estar determinados previamente en el acuerdo marco 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”*.

La cláusula 16.2 del PCAP contempla dos formas de adjudicación de los contratos basados: sin nueva licitación o con nueva licitación. En la nueva licitación, como su propio nombre indica, el órgano de contratación responsable de la contratación basada deberá elaborar un documento de licitación que recogerá, entre otros aspectos, los criterios de valoración que aplicarán para seleccionar a la oferta adjudicataria, debiendo contemplar, en todo caso, el precio, con al menos un 25% de ponderación, y algunos de los criterios de valoración señalados en el anexo XI del PCAP.

Por ello, se contempla que el precio pueda ser modificado, dado que, el equipo incorporará especificaciones adicionales a las contempladas para la adjudicación del acuerdo marco, en base a los criterios seleccionados en el anexo XI del PCAP, que complementen funcionalidades del equipo o de los servicios relacionados con el mismo (garantía, mantenimiento, instalación...), que pudieran conllevar incremento del precio. El precio será invariable, no obstante, en los supuestos en los que se acuda a la adjudicación directa, pero en el momento en el que se introduzcan nuevas variables en la segunda licitación, el precio deberá valorarse nuevamente.

La empresa GEH defiende también la legalidad de la cláusula, pues el conocimiento previo de los criterios vendría dado por el documento de licitación que deben aplicarse a la licitación de los contratos basados, siendo ya conocidas las prescripciones técnicas de los productos que exige el PPT. En cuanto al precio de la oferta económica, se indica que es conforme a lo establecido en los artículos 218 y 219 LCSP, quedando dentro del margen de discrecionalidad la concreción de la fórmula por la que se valorará el precio de las licitaciones de los contratos basados.

Tomadas en consideración las cuestiones de fondo planteadas, este motivo de impugnación debe ser desestimado al igual que los anteriores, no solo por lo razonado por el órgano de contratación y la empresa GEH, sino porque la inconcreción previa que se denuncia de los criterios de adjudicación en el caso de una nueva licitación tiene amparo legal al estar prevista expresamente en el artículo 221.4.b) y 5 LCSP.

En efecto, cuando haya de realizarse una nueva licitación el artículo 221.4.b), antes transcrito, permite que el acuerdo marco no establezca todos los términos para la adjudicación de los contratos basados, debiendo realizarse una invitación a *“una nueva licitación a las empresas parte del acuerdo marco”*.

Y en desarrollando lo anterior, el artículo 221.5 LCSP remite la ulterior concreción de los criterios de adjudicación a un documento de licitación, al establecer:

“Cuando en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 anterior, para la adjudicación de un contrato basado en un acuerdo marco procediera una nueva licitación, esta se basará, bien en los mismos términos aplicados a la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, bien en otros términos. En este último caso, será necesario que dichos términos hayan sido previstos en los pliegos de contratación del acuerdo marco y se concreten con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado.

Por otra parte, si los pliegos del acuerdo marco no recogieran de forma precisa la regulación aplicable a los contratos basados, esta deberá necesariamente incluirse en los documentos de licitación correspondientes a dichos contratos basados”.

Por consiguiente, deben desestimarse las alegaciones de las empresas recurrentes pues el PCAP se ajusta a derecho, pues en la cláusula 16.2 y en el anexo XI aplica estrictamente las previsiones recogidas literalmente en el artículo 221.4 y 5 LCSP, identificando los nuevos términos que se aplicarán y se concretará con el documento de licitación (cláusula 16.2 b-4) para el caso de que se realice una nueva licitación por el órgano de contratación que licite el contrato basado.

Octavo. Finalmente, rechazan las empresas recurrentes que no se ha justificado la elección del procedimiento, en este caso de urgencia, de la que solo se contiene una



referencia en el anuncio de licitación. Que tampoco se han justificado los criterios de adjudicación y que tampoco están justificados los precios unitarios que forman parte de cada lote objeto de la licitación.

Por su parte, tanto el órgano de contratación, como la empresa GEH, defienden que se da debida justificación a la memoria justificativa publicada junto con los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

En relación con esta alegación debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 116 LCSP, cuyos apartados 3 y 4 establecen:

“3. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato. En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el de diálogo competitivo regulado en la subsección 5.ª, de la Sección 2.ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro II, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el apartado 1 del artículo 174. En el caso de procedimientos para adjudicar los contratos basados en acuerdos marco invitando a una nueva licitación a las empresas parte del mismo, regulados en el artículo 221.4, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento de licitación a que hace referencia el artículo 221.5 último párrafo.

Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

4. En el expediente se justificará adecuadamente:

a) La elección del procedimiento de licitación.

b) La clasificación que se exija a los participantes.



c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.

d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.

g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso”.

Examinado el expediente se constata que obra en este su memoria justificativa, denominada como “*justificación necesidad*”, así como otro documento denominado “*acuerdo urgencia*”. Estos documentos cumplen con la necesidad de justificación que exige el artículo 116, y en particular su apartado cuarto, por cuanto:

En primer lugar, la alegación de los recurrentes relativa a la no justificación del procedimiento de urgencia debe rechazarse debido a que no hay un procedimiento de adjudicación de urgencia como tal en la LCSP (los recurrentes parecen confundirlo con el procedimiento de emergencia). Lo que regula la Ley es una tramitación de urgencia, la cual sigue la tramitación de los procedimientos ordinarios aplicando las especialidades que prevé en el artículo 119 LCSP, que consisten principalmente en una menor duración de los plazos previstos con carácter general.

Se ha de subrayar que el procedimiento aquí seguido es el acuerdo marco, un sistema racional de contratación. La memoria justificativa motiva la elección de la figura del acuerdo marco, y según el PCAP, se tramita como un procedimiento abierto por remisión del artículo 220.1 LCSP, siendo este el procedimiento de adjudicación a seguir con carácter general. Y sobre este documento, que fue publicado en la plataforma, y su contenido nada dicen los



recursos, por lo que entendemos que la justificación es ajustada a Derecho y no se somete a revisión.

Sobre la declaración de urgencia que obra en el expediente, se constata que en los recursos no se combate su motivación. A lo sumo se indica por la empresa EMSOR que no se encuentra la justificación por no estar aprobado un presupuesto base de licitación y haberse realizado la convocatoria en el mes de febrero. Esta alegación no entra a valorar la motivación concreta del documento en cuestión, que afirma:

“Con objeto de dar respuesta a la necesidad de ejecutar el presupuesto posicionado por parte de las Administraciones adheridas al Acuerdo Marco referenciado en el presente ejercicio presupuestario y, puesto que algunos de los equipos pueden requerir obras adicionales que deberán licitarse de forma independiente, considerando que la tramitación ordinaria imposibilitaría la gestión eficiente de los créditos, y una vez valoradas las circunstancias que podrían exigir una tramitación más rápida, la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, de conformidad con los artículos 323 y 119 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

Se constata así que las alegaciones de los recursos ignoran los motivos concretos expuestos en el párrafo anterior, al no guardar relación con los mismos, pues el problema presupuestario que justifica la tramitación de urgencia lo es en relación con la gestión presupuestaria de cada Administración adherida al sistema racional de contratación, y en relación con los suministros que puedan requerir algunas licitaciones, lo que no guarda relación con el importe del presupuesto base de licitación, el cual no es necesario que se apruebe previamente en el caso de un acuerdo marco (art.100.3 LCSP).

En segundo lugar, se dice que no están justificados los criterios de adjudicación, lo cual es cierto. Sin embargo, esta falta de justificación no tiene un efecto invalidante, toda vez que, los pliegos, para cuando sea necesaria una nueva licitación, en aplicación del artículo 221 LCSP remiten la concreción de los criterios de adjudicación al documento de licitación que haya de regir la adjudicación de cada uno de los contratos basados, estableciendo el PCAP del Acuerdo Marco únicamente una relación de criterios sin ponderación en su anexo XI.

Por tanto, debe entenderse que la ausencia de justificación de los criterios, en el caso de este acuerdo marco, no es motivo de invalidez, ni puede serlo, pues se desconocen en esta fase previa, de preselección de los licitadores para cada uno de los lotes, cuáles serán los criterios de los relacionados que cada Administración utilice para la adjudicación de los contratos basados.

En tercer lugar, se alega que no están justificados los precios unitarios. Ahora bien, esta crítica, que no se formula cuestionando el que los precios unitarios respondan a precios de mercado (art. 102.3 LCSP), debe rechazarse por cuanto el artículo 116.4 LCSP a lo que obliga es a justificar el valor estimado en el expediente y no los precios unitarios. Sobre el valor estimado se dice en la memoria justificativa:

“El importe de las posibles adquisiciones de estos equipos en el plazo de duración del Acuerdo Marco es de 12.871.301,00 € (IVA excluido), y el valor estimado de 15.546.094,00 €.

El cálculo del número estimado de unidades recogido en los pliegos regidores del Acuerdo Marco se ha configurado mediante el número de equipos identificados como necesarios para satisfacer el objetivo mínimo de renovación o ampliación de las capacidades diagnósticas de las Administraciones interesadas”.

El número de equipos de mamografía a suministrar en cada lote viene relacionado en el cuadro consignado en la memoria, que se corresponde a su vez con la información obrante en el anexo V del PCAP, en el que se ha incluido el precio unitario de cada unidad o equipo, IVA excluido.

En definitiva, debe entenderse que está suficientemente justificado el valor estimado del contrato que no ha sido sometido a revisión de este Tribunal.

Por consiguiente, se desestima la crítica a la falta de justificación del expediente, y con ella la totalidad de los motivos de impugnación esgrimidos en los recursos interpuestos frente a los pliegos.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D. J. C. B. H., en representación de EMSOR, S.L. y D. J. P. C. M., en representación de FUJIFILM HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., contra los pliegos que han de regir la adjudicación del contrato del *“Acuerdo Marco para el suministro, respetuoso con el medio ambiente, de equipos de mamografía para varias comunidades autónomas y centros del INGESA”*, con expediente AM 2023/141, en relación con los lotes 9 y 10, convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación, con arreglo al artículo 57.3 LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES