



Recurso 149/2013

Resolución nº140/2013

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

En Madrid, a 10 de abril de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. JM. P.J. y D. V.B.M., en representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L., 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), al que concurrió presentando oferta, entre otras, la mercantil ahora recurrente. En dicho anuncio se hacía constar como fecha límite para la presentación de proposiciones el 13 de marzo de 2013.

Segundo. El 15 de marzo de 2013 la mercantil ROCHE DIAGNOSTICS, 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 149/2013.



Tercero. El 21 de marzo 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 TRLCSP.

Cuarto. En fecha 20 de marzo de 2013 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que conviniesen a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. 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 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF).

Segundo. Debe entenderse que los recursos han sido interpuestos por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido. 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) TRLCSF y atendida la consolidada doctrina elaborada por este Tribunal, plasmada, entre otras muchas, en las resoluciones 139/2011, 144/2011 y 17/2012, en las que se afirma que, cuando el acceso a los pliegos, como es el caso, se haya facilitado por medios electrónicos y, en particular, a través del perfil del contratante, el plazo de interposición del recurso contra los tales pliegos debe comenzar a contarse a partir de la fecha en que concluya el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores. En el caso examinado, dicha fecha límite para la presentación de proposiciones se situó, como se ha dicho antes, en el 13 de marzo de 2013, por lo que debe necesariamente considerarse interpuesto en tiempo y forma el presente recurso, que tuvo entrada en este Tribunal el 15 de marzo de 2013.

Tercero. 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) TRLCSF.

Cuarto. Sentado lo anterior, resulta conveniente, a fin de sistematizar la exposición, hacer recensión de los motivos de impugnación hechos valer por la actora en su recurso:



- 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.
- b) El Anexo VII así como la cláusula 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.
- c) La cláusula 2.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas incurre en infracción del artículo 292.4 TRLCSP.
- d) 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 la exigencia de precio cierto resultante del artículo 87 TRLCSP.
- e) La descripción técnica del producto previsto en los lotes 4 y 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas no se acomoda a la finalidad del contrato.
- f) Las características técnicas de los meritados lotes 4 y 5 son contrarias al interés público y, en particular, a las exigencias del artículo 22.2 TRLCSP y de la Ley 14/2011, de 1 de junio.

Se abordarán estos alegatos por el orden de su formulación.

Quinto. Comenzando, en primer lugar, por el alegato relativo a la aplicación, prevista en la cláusula 2.3 del Pliego de referencia, del precio como único criterio de adjudicación del Acuerdo Marco (previsión que la recurrente, como se ha dicho, considera incurso en infracción del artículo 150.3 TRLCSP) es de destacar que en la resolución de los recursos acumulados 119, 120 y 123/2013, que reconocen idéntico objeto que el que ahora nos ocupa, ha sido desestimada una alegación del mismo tenor, en términos que cabe reproducir en aras de la impropia llamada "cosa juzgada administrativa". Se dijo allí:

"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 206.2.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 aquellos 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.”

Debe, en consecuencia y sobre idénticas bases argumentales, ser desestimado el motivo de impugnación analizado.

Y ello sin perjuicio de destacar que, como hemos señalado en nuestra Resolución 148/2012, así como “la salvaguarda de la libre competencia (...) 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. (...) también están entre esos principios (...) 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...". En este contexto es indudable que la opción adoptada por el órgano de contratación al establecer como criterio único de adjudicación del Acuerdo Marco se ofrece como absolutamente racional. Y ello, tanto desde el punto de vista económico como desde 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.

Sexto. Como ya se ha expuesto, la recurrente postula, igualmente, la nulidad del Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares así como de su cláusula 4.2.1.c) al entender que en ellos no se definen con la exigible precisión los criterios de adjudicación de los contratos derivados.

En la ya referida resolución de los recursos 119, 120 y 123/2013 también se tuvo ocasión de examinar un alegato de este mismo tenor, que fue finalmente estimado de forma parcial, con anulación del Anexo VII, sobre la base de los siguientes fundamentos, que ahora procede transcribir:

"Las recurrentes (todas ellas, en este caso) postulan, igualmente, la nulidad del Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, al que se remiten las 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, aquéllos 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.”

Debe, en consecuencia, estimarse el motivo de impugnación así hecho valer por la actora, sobre la base de las consideraciones que vienen de transcribirse.

Séptimo. A continuación, la recurrente alega que el apartado 2.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en el que 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”*, incurre en infracción del artículo 292.4 TRLCSP, por cuanto impone a las adjudicatarias el deber jurídico de asumir, no solo la retirada de los bienes pericados, sino también el coste económico que ello suponga.

Tal alegato no puede prosperar. Tal y como se señaló en la resolución de los recursos acumulados 119, 120 y 123/2013 analizando un alegato similar, 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 o a cargo del adjudicatario, sino que 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.

Debe, por ello, desestimarse, como igualmente se hizo al examinar los recursos acumulados 119, 120 y 123/2013, el alegato así hecho valer.

Octavo- La recurrente postula, igualmente, la nulidad del apartado 2.3, en lo que atañe a la descripción de los Lotes 4 y 5, del Pliego de Prescripciones Técnicas, en tanto en ellos se impone, con infracción, a su juicio, de la exigencia de precio cierto resultante del artículo 87 TRLCSP, 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.

El alegato así opuesto, anticípese ya, ha de prosperar, y ello con nueva remisión en este punto a las consideraciones de la resolución de los recursos acumulados 119, 120 y 123/2013, en la que, examinando una alegación del mismo tenor, se dijo:

"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 qué 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. La recurrente sostiene, igualmente, que la descripción técnica de los citados lotes 4 y 5 es inadecuada e incompatible con los objetivos inherentes a la contratación pública, en particular, con la eficiente utilización de los fondos destinados a la ejecución del objeto del contrato. Considera, en efecto, que al establecer tanto en uno como en otro lote (cuyo respectivo objeto son las tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre con



autoanalizador para uso de pacientes y para uso profesional) en idénticos términos que las lancetas que de forma conjunta han de suministrarse deberán “*ser metálicas, recubiertas de plástico con capuchón protector, manejo sencillo y aséptico y dispositivo mono uso desechable*” se está obviando que no puede ser idéntico el destinado al uso de los pacientes que el destinado al uso de los profesionales sanitarios.

Tal aserto, sin embargo, es rebatido por el órgano de contratación en el informe remitido en cumplimiento de lo previsto en el artículo 46 TRLCSP. En esencia, se viene a sostener (en términos que se ven corroborados por el hecho de que las características o especificaciones técnicas señaladas para las tiras reactivas en uno y otro lote sean idénticas), que la división en lotes deriva no de la sustancial diversidad de su respectivo objeto sino, en rigor, del distinto número volumen de aparatos de medida y lancetas a suministrar, con carácter accesorio, en cada caso, cuyo número será necesariamente superior en el caso de las tiras destinadas al uso de los pacientes que en el destinado al uso por profesionales sanitarios. Es, según así se manifiesta, esta circunstancia, que no las eventuales diferencias entre las tiras que en uno y otro caso han de suministrarse, lo que explica el distinto precio de licitación asignado en cada caso.

Partiendo de este aserto, es plenamente lógico que, siendo idénticas las características técnicas de las tiras objeto de cada lote, sea igualmente idéntica la descripción de las lancetas que con carácter accesorio han de suministrarse, sin que quepa en ello apreciar infracción de los principios generales de la contratación a que la recurrente alude.

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

Décimo. Sostiene, finalmente, la actora 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 22.2 TRLCSP y de las exigencias de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de los que resulta la obligación de que la contratación pública fomente la demanda de productos innovadores.



La actora destaca que el artículo 22.2 TRLCSP establece, expresamente, que *“los entes, organismos y entidades del sector público (...) valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública”*, como también que en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación se encarece la necesidad de que la Estrategia Española de Innovación impulse la contratación pública destinada a fomentar la demanda de productos innovadores, afirmando, en concreto, en su artículo 44 que *“se impulsará la contratación pública de actividades innovadoras con el fin de alinear la oferta tecnológica privada y la demanda pública a través de actuaciones en cooperación con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales, de acuerdo con lo señalado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”*.

Sobre esta base, afirma que, en tanto en la descripción de los lotes 4 y 5, al definir las características técnicas de las aludidas tiras reactivas, se hace exclusiva referencia al principio de medición electroquímico, se está restringiendo indebida e injustificadamente la oferta y la capacidad innovadora de los licitadores, al excluir la eventual adquisición de otros dispositivos potencialmente más exactos como, por ejemplo, podrían ser los que emplean un principio de medición colorimétrico.

Tal alegato no puede prosperar. Como bien señala el órgano de contratación en el informe del artículo 46.2 TRLCSP, 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.

Por otro lado, en dicho informe el órgano de contratación afirma (en términos que deben presumirse veraces a tenor de lo dispuesto en el artículo 317.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que las características técnicas así descritas se corresponden con productos de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud y que las distintas Administraciones que son parte en el Acuerdo Marco reputan idóneos, siendo evidente que la uniformización en las tales características y el establecimiento de estándares de calidad comunes, no sólo



favorece la aplicación de economías de escala sino que, además, redundará en una mejora de la calidad y equidad del sistema.

A mayor abundamiento, dejando al margen que la recurrente no ha acreditado de forma suficiente que, como postula, la concreta exigencia del principio de medición electroquímico comporte por sí restricción de la demanda de productos innovadores, resulta igualmente evidente que tanto el artículo 22.2 TRLCSP como, especialmente, el artículo 44 de la Ley 14/2011 (cuyo específico contenido no es otro que la definición de los “ejes prioritarios del Plan Estatal de Innovación”, revistiendo, por tanto, el carácter de norma programática en sentido estricto) incorporan mandatos generales y no necesariamente concurrentes que se proyectan sobre la contratación del sector público en su conjunto, pero que no tienen, necesariamente, que encontrar directo reflejo en cada uno de los expedientes de contratación aisladamente considerados sino en la medida en que ello pueda cohererse con los propios fines y características del contrato y con el interés público cuya satisfacción se pretenda. Por solo citar un ejemplo, baste indicar que el artículo 22.2 TRLCSP alude también a la promoción *“de la participación de la pequeña y mediana empresa”*, siendo evidente que, no por ello, debería considerarse incurso en infracción legal la exigencia de un relevante volumen global de negocios como requisito de solvencia económica en cualquier licitación si así se revelase justificado y necesario a la vista de sus concretas características.

En este sentido, es absolutamente revelador traer a colación el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de julio de 2011, por el que se determina el procedimiento de articulación de la compra pública innovadora en los Departamentos Ministeriales y sus Organismos Públicos en el que, efectivamente, se indica que todos ellos especificarán *“en las memorias de los diferentes programas presupuestarios y en los programas de actuación plurianual las cantidades que prevean destinar a la contratación pública innovadora”*, añadiendo luego, en términos harto elocuentes, que *“el objetivo del Gobierno es que en 2013 la compra pública innovadora alcance el 3% de la inversión nueva”*. Se hace con ello evidente el aludido carácter general del mandato del artículo 22.2 TRLCSP y la improcedente exigencia de su incondicionada e ineluctable traslación a todos y cada uno de los expedientes de contratación, como parece sugerir la recurrente.

Debe, por ello, desestimarse el motivo de impugnación analizado.



Undécimo. Habiendo concluido el análisis de los motivos de impugnación, parece procedente hacer recensión de los extremos de los pliegos impugnados que, con estimación parcial del recurso, se declaran anulados:

- a) El Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares impugnado, en los términos detallados en el fundamento jurídico sexto.
- b) 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.

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 el recurso interpuesto por D. JM. P.J. y D. V.B.M., en representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L., 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 undécimo 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 de lo dispuesto en los artículos 43 a 46 TRLCSP.

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.