



Recurso nº 367/2015 C.A. Extremadura 32/2015

Resolución nº 416/2015

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

En Madrid, a 8 de mayo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. S. C. y D. L. A. M. M., en representación de BAYER HISPANIA S.L., contra las condiciones generales que han de regir la adjudicación del *"Contrato derivado del Acuerdo Marco del INGESA para la selección de suministradores de productos sanitarios. Lote 4-Suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre para la Comunidad Autónoma de Extremadura"*, convocado por el Servicio Extremeño de Salud (SES), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ministerio de Sanidad y Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), adjudicó, previo el correspondiente procedimiento, un acuerdo marco para, entre otros materiales, la selección de suministradores del Lote 4-Suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre y otras para varias Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla. El acuerdo marco fue adjudicado, entre otras, a la empresa recurrente. A este sistema de contratación se había adherido la Comunidad Autónoma de Extremadura.

En ejecución del acuerdo marco citado, el Servicio Extremeño de Salud, integrado en la Consejería de Salud y Política Social del Gobierno de Extremadura, invitó a la recurrente a participar en el correspondiente contrato derivado, EXPEDIENTE CS/99/1115010674/15/PNSP. A la invitación a participar en tal contrato, se adjuntó un *"Procedimiento de adjudicación del contrato derivado del lote 4 del acuerdo marco del INGESA para la selección de suministradores de productos sanitarios"*.



Segundo. En el citado protocolo se contienen, en lo que aquí interesa, los criterios de valoración de la oferta económica, idénticos a los previstos en el acuerdo marco, con la inclusión de la frase: *“NOTA: “El precio ofertado deberá coincidir con el precio de adjudicación del acuerdo marco, siendo invalidada aquella oferta que lo incumpla.”* Se incluye también la transcripción de los criterios de valoración de la oferta técnica, tanto aquellos valorables de manera automática, como aquellos que precisan una valoración subjetiva y que constan en el Anexo VII del pliego del acuerdo marco.

Tercero. La recurrente formula, previo anuncio al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación en el que solicita la anulación de las citadas nota y cláusulas. El recurso tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 15 de abril de 2015.

Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el oportuno informe en el que solicita la desestimación del recurso, y la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores en fecha 20 de abril de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, habiendo evacuado dicho trámite la empresa ABBOTT LABORATORIES, S.A., que concurre al procedimiento.

Quinto. El 21 de abril de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, en el recurso número 325/2015, que tiene el mismo objeto, resolvió conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, en relación con el lote recurrido, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el

Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 9 de agosto de 2012.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, a cuyo tenor: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Tercero. De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) del TRLCSP por tratarse de un proceso de licitación convocado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y ser un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, este Tribunal tiene competencia para resolver el recurso.

Cuarto. El recurso se formula contra el contenido del citado *“Procedimiento de adjudicación del contrato derivado del lote 4 el acuerdo marco del INGESA para la selección de suministradores de productos sanitarios”*, que, en principio, y según lo que se dirá a continuación, constituye un acto sujeto a recurso especial de acuerdo con el artículo 40.2.a) del TRLCSP, aunque la recurrente extiende algunos de sus motivos de impugnación a las condiciones generales del acuerdo marco.

Quinto. La empresa recurrente ha anunciado previamente el recurso ante el órgano de contratación. El recurso ha sido interpuesto en plazo, puesto que recibió la invitación para participar en el procedimiento el día 30 de marzo de 2015.

Sexto. La empresa recurrente impugna los siguientes extremos de la licitación:

1. Considera que la “nota” transcrita en el antecedente segundo de esta resolución implica una modificación sustancial del acuerdo marco. Entiende que la fijación de un precio unitario por el producto en el acuerdo marco, se proyecta exclusivamente en el ámbito de las selección de las empresas que pueden ser invitadas a la licitación de los acuerdos derivados, pero que necesita una ulterior concreción mediante la presentación de nuevas ofertas económicas en cada acuerdo derivado para su adjudicación.

2. En segundo lugar, considera que los criterios de valoración de la oferta técnica contenidos en el procedimiento de adjudicación licitado por la Servicio Extremeño de Salud, son contrarios a los principios de transparencia y concurrencia.

A estos efectos interesa señalar que estos criterios que ahora impugna la recurrente son transcripción literal de los previstos en el acuerdo marco (Anexo VII “Criterios de adjudicación de los contratos derivados”).

En relación con el primero de los motivos de impugnación, la empresa recurrente no impugna el criterio de valoración de la oferta económica del procedimiento de licitación del Servicio Extremeño de Salud (que es una transcripción del previsto en el acuerdo marco en su anexo VII), sino la inclusión de la “nota” que refleja que la Comunidad Autónoma solo va a considerar la oferta económica por unidad formulada por las empresas licitadoras con motivo de su participación en el acuerdo marco. La nota, se reitera, advierte que *“el precio ofertado deberá coincidir con el precio de adjudicación del acuerdo marco, siendo invalidada aquella oferta que lo incumpla.”*

Para comprobar si el contenido de esta nota entra en contradicción con lo previsto en el acuerdo marco, lo primero que debe analizarse es si la única oferta económica que se solicita a las empresas es la prevista por el acuerdo marco.

A este respecto, deben considerarse tanto el informe del órgano de contratación como las alegaciones de la empresa ABBOTT LABORATORIES, S.A. que contienen, a juicio de este Tribunal, una interpretación acertada de lo previsto en el acuerdo marco.

En efecto, el propio pliego de cláusulas administrativas del acuerdo marco, puntualiza, en varias de sus cláusulas, que el precio seleccionado en la primera fase del acuerdo marco, es el precio definitivo, que se tendría en cuenta en los sucesivos derivados.

Así se deduce de los siguientes apartados (el subrayado es nuestro):

“1.1. LEGISLACIÓN APLICABLE Y RÉGIMEN JURÍDICO

(...)



1.1.5. Una vez adjudicado y formalizado el acuerdo marco de selección de suministradores y fijación de precios, los contratos derivados de suministros se ajustarán a las normas procedimentales de las entidades citadas en la cláusula 1.2.1 del presente pliego.

1.2. OBJETO Y ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

1.2.1. Constituye el objeto del presente acuerdo marco la selección de suministradores, la fijación de precios y el establecimiento de aquellas bases que regirán los contratos derivados de suministros, (...).

El presente acuerdo marco establece las condiciones que se aplicarán, durante el plazo de vigencia, para la entrega sucesiva de los bienes enumerados en el ANEXO IV a los participantes anteriormente referidos, fijando un precio unitario, (...).

1.2.2. La contratación de estos productos se desarrollará en dos fases:

- A. Primero, mediante la celebración de un acuerdo marco con varios empresarios, por el que se seleccionan las empresas y se fijan los precios unitarios de las unidades a suministrar en cada lote.
- B. Segundo, mediante los contratos derivados del acuerdo marco, (...)

4. CONTRATOS DERIVADOS DEL ACUERDO MARCO

4.2. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

4.2.1. La adjudicación de los contratos derivados se efectuará por los órganos competentes de las entidades participantes convocando a las partes a una licitación, (...)

La licitación se realizará con arreglo al procedimiento descrito en el artículo 198 del TRLCSP, de acuerdo con las siguientes prescripciones: (...)

- c) Los criterios de adjudicación serán los previstos en el **Anexo VII**

Dicho Anexo VII "Criterios de adjudicación de los contratos derivados", comienza señalando que el *"Precio Ofertado: El precio ofertado se valorará con un máximo de 60 puntos."*

Por tanto, de las cláusulas anteriormente mencionadas, puede deducirse que las bases del acuerdo marco, establecen que los precios ofertados serán los definitivos para cada contrato derivado. Dentro de los aspectos que el acuerdo marco fija, sin necesidad de desarrollo posterior, se encuentra el precio unitario del producto. Así puede comprobarse en la resolución de adjudicación del acuerdo marco, de 26 de junio de 2014 del Director del INGESA, en cuyo punto primero se señala, para cada lote y empresa, el importe del precio unitario sin IVA. Tal y como está configurado el acuerdo marco, el precio no es solo un requisito para la selección de las empresas (que de manera poco perfecta técnicamente, como ya advirtió nuestra resolución 88/2014, de 5 de febrero, se denomina así en el pliego), esto es, para verificar que no se supera un precio máximo; el acuerdo marco prevé que este momento procedimental sirva para la fijación definitiva del importe del precio de cada unidad. Por ello, en la medida en que el procedimiento establecido por la Comunidad Autónoma se limita a recordar esta condición, no se vulnera el acuerdo marco. Otra cosa es que la empresa recurrente considere que el acuerdo marco es ilegal. Frente a ello cabe oponer que el hecho de haber participado en el acuerdo marco sin haber impugnado sus condiciones, constituye a este en un acto firme que no puede ser impugnado en este recurso, lo que da lugar a su inadmisibilidad, puesto que no se aprecia que la fijación inicial de los precios unitarios constituya un defecto que haga nulo de pleno derecho el acuerdo marco. Todo ello, según nuestra doctrina, expresada entre otras en la Resolución 262/2015, en la que se dice:

"Undécimo. La respuesta a MÖLNYCKE HEALTH CARE, S.L debe comenzar recordando el criterio de este Tribunal contrario a que al recurrirse el acuerdo de adjudicación sea cuestionada la legalidad de unos pliegos que el recurrente ha consentido al no recurrirlos en tiempo y forma, limitando el examen de la legalidad de dicho pliegos a los supuestos de nulidad de pleno derecho. Así, la resolución 814/2014, de 14 de noviembre: "Los licitadores no pueden plantear recursos contra los actos que forman parte del procedimiento de contratación, en este caso el de exclusión, con fundamento en una alegada ilegalidad de las previsiones del PCAP, salvo nulidad de pleno derecho de éstas (nulidad que es obvio

que en el caso planteado no concurre), una vez que han aceptado éste como ley del contrato al participar en el procedimiento sin impugnar su contenido, por imperativo del artículo supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

En este caso la nulidad vendría dada, según se expresa por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común), motivo claramente inaplicable a este supuesto.

Séptimo. A mayor abundamiento, se aporta en las alegaciones de la empresa ABBOTT LABORATORIES S.A, las aclaraciones suministradas en relación a este punto por el propio INGESA que han sido difundidas a través de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) en una interpretación coincidente con la que este Tribunal estima correcta, en la que se informa:

“Como continuación a nuestro correo anterior y, tras un análisis más detenido de lo señalado en los Pliegos que rigen el acuerdo marco, les comunicamos que: Teniendo en cuenta lo señalado en la cláusula 1 apartado 1.2.1 párrafos 1 y 2, y en los apartados 1.2.2 y 1.3, de la misma cláusula , en los que específicamente se señala que el objeto del acuerdo marco es la fijación de los precios unitarios, hay que interpretar que todas las referencias a los precios de los contratos derivados, se refieren necesariamente a los fijados en el acuerdo marco, por lo que dichos precios no son objeto de negociación en los contratos derivados, debiendo entenderse que en los criterios de adjudicación del Anexo VII, las referencias al precio ofertado, se refieren al precio fijado en el acuerdo marco.

Por todo ello, entendemos que los precios del acuerdo marco no son susceptibles de modificación por los contratos derivados, anulando en consecuencia nuestra anterior comunicación y rogándoles disculpen las molestias”.

Finalmente, esta cuestión fue tratada en la Resolución 139/14, de 23 de marzo de 2015, en un caso similar al actual, en la que el Tribunal expresó:

“Sexto. Alega el recurrente que se han detectado una serie de indefiniciones y carencias en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen la presente licitación, las cuales suponen una vulneración flagrante del principio de transparencia.

Concretamente, los pliegos no responden a una cuestión fundamental que puede incidir en la determinación de la participación de las empresas, ésta es si existe o no la necesidad de realizar una nueva oferta en la licitación de los contratos derivados.

Pues bien, del pliego de cláusulas administrativas particulares es posible inferir que la oferta económica que los licitadores presenten para ser adjudicatarios del acuerdo marco debe permanecer inalterable en los contratos que se adjudiquen derivados del mismo así se puede deducir de las cláusulas 1.1.3, 2.3 y 4.1.3, esta última en cuanto no permite la revisión de precios.

Pero es la cláusula 1.1.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares la que no ofrece duda alguna en aras a su tenor literal: “Una vez adjudicado y formalizado el acuerdo marco de selección de suministradores y fijación de precios...”.

Los precios, por consiguiente, se fijan en la fase de selección, en los contratos derivados se valoran otra serie de criterios, entre ellos el precio previamente fijado (sin que exista nueva negociación del precio).

Ello implica de manera clara y precisa que sólo hay una oferta económica que es en la selección de suministradores del acuerdo marco, por lo tanto el precio ofertado en la misma es el que debe contemplarse en los contratos derivados. La modificación del mismo supondría un incumplimiento del propio acuerdo marco además de vulnerar el apartado 1 del artículo 198 del TRLCSP, pues supondría una modificación sustancial del propio Acuerdo”.

Octavo. El último motivo de impugnación se refiere a la alegada infracción de los principios de concurrencia y transparencia en la formulación de los criterios de valoración de carácter técnico, tanto los objetivos como los que dependen de una valoración subjetiva.

Pues bien, estos criterios se encuentran previstos en el acuerdo marco (Anexo II) y el procedimiento del Servicio Extremeño de Salud no hace sino transcribirlos literalmente. Por ello, como en el caso anterior, la impugnación debería considerarse como inadmisibles en la medida en que la empresa recurrente no recurrió el acuerdo marco. De la misma manera que en el caso anterior, solo si los criterios incurrieran en nulidad de pleno derecho cabría estimar esta pretensión. Sin embargo, no concurre tampoco en este supuesto ninguno de los supuestos tasados de nulidad de pleno derecho. El Tribunal se ha manifestado al menos en dos ocasiones al respecto, en la Resolución 88/2014 y en la Resolución 139/2014, con motivo de un recurso de la misma empresa ahora recurrente.

En la Resolución 88/2014, en la que la BAYER HISPANIA S.L., fue una de las empresas recurrentes, se dice:

“Undécimo. (...) En relación con este aspecto los dos primeros recursos distinguen entre los criterios técnicos objetivos de los subjetivos. En cuanto a los objetivos los recurrentes entienden que sólo un criterio de los considerados como tales cumple con lo estipulado en el artículo 150.2 del TRLCSP: la pila con capacidad mínima para 1000 determinaciones ya que expresamente se dice que se otorgará la máxima puntuación a la oferta con mayor capacidad de forma proporcional a los valores acreditados. Respecto del resto llegan a la conclusión de que incumplen el artículo 150.2 del TRLCSP porque no pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Lo cierto es que en los pliegos no hay respecto del resto de criterios fórmulas matemáticas si entendemos, como parecen hacer los recurrentes, que el artículo 150.2 se refiere exclusivamente a la acepción “fórmulas “ como tales; esto es: necesidad de que se calculen los valores por aplicación de una ecuación o regla que relacione objetos matemáticos o cantidades. Si por el contrario utilizamos su acepción más amplia (a la que también se refiere el Real Diccionario de la Real Academia de la Lengua), es decir, fórmula es un medio práctico propuesto para resolver un asunto controvertido o ejecutar algo, llegamos a la conclusión de que sí es posible hablar en el presente caso de fórmulas.

Éste, además, es el sentido que se deduce de la propia doctrina que citan los recursos ya que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en Aragón en su acuerdo 4/2012, de 17 de enero, se refiere a que los pliegos deben establecer los criterios de adjudicación y también las normas de aplicación de tales criterios que deben aparecer tasadas y baremadas. Pues bien, en todos los criterios aparece tasada la norma que se aplica, con una puntuación baremada ya que lo que se valora es si el objeto contiene o no determinados elementos (alarma de potencia: si se tiene 3 puntos si no se tiene 0 puntos, memoria mínima superior a 300 mediciones 1 punto, de 300 a 400, 2 puntos, de 401 a 500, 3 puntos y mayor de 501 cinco puntos, mensaje de usos y error si se da 1 punto, apagado y encendido de las tiras si se da un punto, sino 0 puntos y así sucesivamente).

Tal y como están configurados no se puede sino afirmar que los criterios técnicos objetivos respetan el legítimo derecho de los concursantes a conocer de antemano en qué medida la primacía de los criterios establecidos va a influir en la adjudicación que es, en definitiva, lo que se requiere exigiendo concreción y tasación.

Respecto de los criterios de juicio de valor que se establecen con una puntuación máxima de cinco puntos no puede defenderse el alegato de los recurrentes en cuanto que carecen de toda determinación. Si atendemos al anexo VII observamos que hay cinco criterios de juicio de valor que se valoran con un punto cada uno de ellos, por lo cual sí hay cierta especificación aunque efectivamente dentro de los criterios no se determina exactamente como se otorga el punto correspondiente.

(...) A la luz de esta doctrina, los criterios que para la selección de los contratos derivados del acuerdo marco, que se establecen en el anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares, responden a la exigencia de concreción y detalle que se requiere en aras a preservar los derechos de los adjudicatarios.

Así, en relación con el lote 4 que es al que se refieren los recurrentes, los criterios y la puntuación de cada uno de ellos es la que sigue:

- 60 puntos: precio.
- 35 puntos: criterios técnicos.
- 05 puntos: criterios basados en juicio de valor.

Dentro de los criterios técnicos la puntuación que se confiere está pormenorizada y detallada para cada uno de ellos sin que sea posible la elección alternativa. Así, se especifica que la presentación de tiras en envase individual vale cinco puntos y si no se presentan así, 0 puntos, si se permiten zonas de punción distintas a los dedos, 5 puntos y en caso contrario, 0 puntos. En cuanto a la pila con capacidad mínima para 1000 determinaciones se otorgará la máxima puntuación a la oferta con mayor capacidad de forma proporcional a los valores acreditados. Si existe alarma de potencia de batería con memoria mínima de resultados de dos minutos se concede tres puntos. Si el propio glucómetro tiene capacidad interna de detección de patrones de hipoglucemia e hiperglucemia se confieren tres puntos y, en caso contrario, 0 puntos. Según el grado de memoria mínima superior a 300 mediciones se conceden hasta cinco puntos. Si hay un sistema de gestión de datos de glucemia y capacidad de transmisión a distancia de los mismos, dos puntos. La compatibilidad con tiras para la detección de cuerpos cetónicos se valora con dos puntos, el mensaje de uso y error con un punto y el encendido y apagado con las tiras 1 punto. El lector alerta de muestra insuficiente y que no realiza lectura alguna con dos puntos, la caducidad superior a 12 meses, un punto y el plazo de entrega inferior a tres días con dos puntos.

En cuanto a los criterios de juicio de valor se confieren un total de 5 puntos a razón de un punto por cada criterio y, si bien hay tres de ellos que dejan un cierto margen de discrecionalidad en la futura actuación de los órganos de contratación (como son el referente a tamaños, números y claridad, el relativo al fácil manejo y almacenamiento o el de peso y tamaño reducidos), no lo es menos que el susodicho margen de actuación que se confiere al futuro órgano de contratación es muy limitado: cuantitativamente 3 puntos de los 100 posibles y cualitativamente afecta a tres criterios a los que a cada uno sólo es posible conceder un punto por lo que no puede admitirse que los criterios de selección tal y como están configurados impiden a los licitadores formular en este momento sus ofertas con un grado suficiente de orientación, que es lo que ante todo debe evitarse”.

En parecidos términos para iguales supuestos de hecho, se pronuncia la Resolución nº 139/2014, de 21 de febrero:

“Quinto. El recurrente afirma que la definición y configuración de algunos de los criterios técnicos de valoración de las ofertas al Lote 4, aplicables para la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco y previstos en Anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, "PCAP"), suponen una vulneración de los principios de transparencia, libre competencia, no discriminación e igualdad de trato de los licitadores previstos en el artículo 1 del TRLCSP.

La anterior afirmación trae causa, en primer lugar, en la configuración de la puntuación a otorgar para cada uno de los criterios técnicos objetivos previstos, la cual en varias ocasiones prevé únicamente dos posibilidades: o el otorgamiento de la puntuación máxima, o bien la asignación de 0 puntos. Concretamente ello sucede en el caso de los siguientes criterios técnicos: “tiras de envase individual estéril”, “zonas de punción distintas de los dedos” y “capacidad interna del propio glucómetro”.

Dicha configuración, en la que se omite cualquier posible modulación a los efectos de permitir la obtención de una puntuación intermedia, ha sido desaconsejada, y criticada por la propia Comisión Nacional de la Competencia, al entender que la misma no aporta la suficiente transparencia en el sistema de atribución de puntuación a los criterios de valoración y que desincentiva la competencia entre los licitadores.

En este sentido en el anexo VII, en relación con el lote 4, que es al que se refiere el recurrente, los criterios y la puntuación de cada uno de ellos es la que sigue:

- 60 puntos: precio.
- 35 puntos: criterios técnicos.
- 05 puntos: criterios basados en juicio de valor.

Dentro de los criterios técnicos la puntuación que se confiere está pormenorizada y detallada para cada uno de ellos sin que sea posible la elección alternativa. Así, se especifica que la presentación de tiras en envase individual vale cinco puntos y si no se presentan así, 0 puntos, si se permiten zonas de punción distintas a los dedos, 5 puntos y en caso contrario, 0 puntos. En cuanto a la pila con capacidad mínima para 1000 determinaciones se otorgará la máxima puntuación a la oferta con mayor capacidad de forma proporcional a los valores acreditados. Si existe alarma de potencia de batería con

memoria mínima de resultados de dos minutos se concede 3 puntos. Si el propio glucómetro tiene capacidad interna de detección de patrones de hipoglucemia e hiperglucemia se confieren 3 puntos y en caso contrario, 0 puntos. Según el grado de memoria mínima superior a 300 mediciones se conceden hasta 5 puntos. Si hay un sistema de gestión de datos de glucemia y capacidad de transmisión a distancia de los mismos, 2 puntos. La compatibilidad con tiras para la detección de cuerpos cetónicos se valora con 2 puntos, el mensaje de uso y error con 1 punto y el encendido y apagado con las tiras 1 punto. El lector alerta de muestra insuficiente y que no realiza lectura alguna con 2 puntos, la caducidad superior a 12 meses, 1 punto y el plazo de entrega inferior a tres días con 2 puntos.

Estos criterios técnicos se configuran cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP en el sentido de que las normas de aplicación de dichos criterios resultan tasadas y baremadas. Es cierto, que efectivamente como afirma el recurrente, la guía general sobre contratación pública elaborada en su día por la entonces Comisión Nacional de la Competencia recomienda en la medida de lo posible, “. que debe explicarse el mecanismo y los parámetros que determinen la progresividad de las puntuaciones para limitar posibles excesos de discrecionalidad. Así mismo en general es preferible evitar entre que las puntuaciones se limiten a la posibilidad de obtener dos evaluaciones”.

Con independencia de que como dice el órgano de contratación la guía supone una serie de consejos y no normas de estricto cumplimiento, debe entenderse que se cumple con lo dispuesto en la misma por cuanto como antes hemos indicado el mecanismo y los parámetros en respecto de los criterios que solo admiten dos puntuaciones es claro: o se tiene o no se tiene sin que quepa discrecionalidad de ningún tipo por parte del órgano de contratación ya que es perfectamente comprobable y cuantificable si se incluyen o no en el producto y la puntuación que se concede en caso de estar incluido. Pero es que además en los criterios objetivos técnicos estos elementos se combinan con otros cuya valoración es progresiva como recomienda la propia Guía de contratación de la Comisión Nacional de Competencia.

Por todo ello se llega a la conclusión que los criterios técnicos establecidos para el lote IV del anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares y que serán de aplicación

para la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco, no vulneran la libre competencia, ni el principio de igualdad por lo que lo alegado por el recurrente debe desestimarse.

Debe tenerse en cuenta además que el órgano de contratación justifica la necesidad de inclusión de estos criterios. A este respecto entiende que es necesario mantener la esterilidad del producto y la garantía de esterilidad no puede modularse. Por ello en los criterios de valoración se otorga puntuación solo a las soluciones que lo aportan.

Igual argumentación se puede realizar sobre las zonas de punción. Hay soluciones en el mercado que solo permiten la extracción en los dedos (esto en pacientes que deben pincharse varias veces al día es una incomodidad), por ello se valoran soluciones que faciliten puntos distintos de extracción a los dedos.

(...)

Séptimo. Alega el recurrente la incorrecta definición de los criterios dependientes de un juicio de valor previstos para la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco.

Los criterios de Juicio de valor, valorados en 5 puntos para el lote cuatro son los que siguen:

- Tamaño números y claridad 1 punto.*
- Sistema para evitar error de lectura al revés 1 punto.*
- Números continuos no integrados por segmentos 1 punto.*
- Fácil manejo y almacenamiento 1 punto.*
- Peso y tamaño reducidos 1 punto.*

El recurrente considera que en los criterios de juicio de valor hay una indefinición y agrupación de los mismos incorrecta y poco transparente y que la propia naturaleza de algunos de los parámetros a valorar hubiese permitido fácilmente su establecimiento como criterios objetivos o automáticos, redundando todo ello en beneficio de la transparencia de la operación de valoración de las ofertas.

En este sentido cita por ejemplo, el criterio consistente en el tamaño de los números y la claridad, o el relativo al peso y tamaño reducidos. Si bien los mencionados parámetros en ocasiones pueden guardar una relación proporcional, no necesariamente tiene porque ser así. En este sentido, resulta lógico pensar que la claridad de un determinado producto puede deberse a muchos más factores que no sólo el tamaño de los números y que un tamaño reducido no siempre está vinculado a un peso reducido, pues dependerá, en último lugar de los materiales empleados. Teniendo en cuenta lo anterior, la agrupación de estos parámetros en un sólo criterio introduce la posibilidad de que el órgano de contratación valore las ofertas presentadas sin la transparencia exigible, al poder influir la valoración de uno de los parámetros agrupados (como el tamaño de los números o el peso) en la valoración del otro (esto es, en la claridad o el tamaño reducido), vulnerándose en consecuencia el artículo 139 del TRLCSP.

Dicho alegato en ningún caso puede prosperar.

El artículo 150.2 del TRLCSP hace referencia expresa a la posibilidad de incluir criterios de adjudicación no valorables mediante la mera aplicación de fórmulas (criterios subjetivos). En el presente lote los criterios valorables como juicios de valor tienen una ponderación del 5 % en relación a los criterios valorables mediante aplicación de fórmulas (35%) y el precio (65 %) por lo que el riesgo a la disparidad y arbitrariedad a la que alude el recurrente difícilmente se puede sostener.

Igualmente la afirmación de que estos criterios podían haber sido evaluables mediante fórmulas matemáticas no es sostenible atendiendo a su propio concepto. Como ejemplo “el de fácil manejo y almacenamiento”. Tampoco cabe decir que unos condicionan a otros porque como afirma el órgano de contratación peso y tamaño no tienen por qué ser sinónimos”.

Pues bien tal y como hemos visto el grado de concreción de estos criterios es suficiente para que se cumpla el principio de igualdad y que el licitador se oriente a la hora de formular su oferta. No solo por su peso relativo en el conjunto de criterios y su ponderación (cinco puntos frente a 100) sino por su configuración con una cierta determinación a razón de un punto por criterio y si bien hay tres de ellos que dejan un cierto margen de

discrecionalidad en la futura actuación de los órganos de contratación, no puede llegarse a la conclusión que en base a los mismos se impide a los licitadores formular en este momento sus ofertas con un grado suficiente de conocimiento, que es lo que ante todo debe evitarse”.

Es indudable que las discrepancias de la recurrente con la Administración no determinan en modo alguno la nulidad del acuerdo marco.

Noveno. Dada la manifiesta falta de fundamento del recurso interpuesto, a lo que se une la existencia de resoluciones precedentes de este Tribunal, conocidas por la empresa recurrente, lo que infringe el principio de buena fe, unido a que se pretende por esta vía la impugnación de los criterios de la licitación establecidos por el acuerdo marco, sin una justificación razonable, se impone en uso del artículo 47.5 TRLCSP una multa de 1.000 euros por mala fe. La multa no se impone porque la empresa ejerza su derecho al recurso, para lo cual está perfectamente amparada, sino por la omisión de la información mencionada, unida a la manifiesta falta de fundamento de su argumentación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A. S. C. y D. L. A. M. M., en representación de BAYER HISPANIA S.L., contra las condiciones generales que han de regir la adjudicación del *"Contrato derivado del Acuerdo Marco del INGESA para la selección de suministradores de productos sanitarios. Lote 4-Suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre para la Comunidad Autónoma de Extremadura"*, convocado por el Servicio Extremeño de Salud, por carecer manifiestamente de fundamento.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación acordada el 21 de abril de 2015 en el recurso nº 325/2015.

Tercero. Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP en la cuantía de 1.000 euros.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.