



Recursos nº 1171/2017

Resolución nº 25/2018

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

En Madrid, a 12 de enero de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.O.L.F., en nombre y representación de ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U., contra los pliegos del “Acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (*prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas*), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado” (Exp. AM 2017/136), licitado por Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), Entidad Gestora de la Seguridad Social dependiente de la Administración General del Estado, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 16 de octubre de 2017, el Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), dispuso la aprobación del procedimiento de licitación así como de los pliegos del “Acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (*prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas*), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado”, expediente AM 2017/136.

El 26 de octubre de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector público, el 27 de octubre en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 31 de octubre en el Boletín Oficial del Estado (BOE) se publican los anuncios de la licitación del acuerdo marco.



El contrato, calificado como de suministros, nomenclatura CPV 33184100-4 y 33141770-8, tiene un valor estimado de 20.723.438 euros, excluido el IVA, estando dividido en 39, lotes, y licitándose por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

Los anuncios de licitación establecen como forma de recogida de los pliegos indistintamente la dirección del órgano de contratación y la página web del perfil del contratante.

La cláusula 1.2.2 del Pliego Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece

“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, tramitados posteriormente por las entidades anteriormente referidas para la adquisición efectiva de los bienes, de conformidad con las bases establecidas en los pliegos del acuerdo marco y con el procedimiento establecido en el artículo 198.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”

En la cláusula 2.3 el PCAP se dispone.

“La Mesa propondrá para cada uno de los lotes la selección de todas las modalidades (soluciones alternativas) ofertadas, incluidas en las proposiciones recibidas, que cumplan con los requisitos y características técnicas exigibles para cada suministro en los pliegos.

Una vez procedido a determinar las ofertas que cumplen los requisitos y características técnicas, serán propuestas para su selección todas aquellas cuyo precio sea igual o inferior al de licitación.”

En la 4.2.1 lo siguiente.



“4.2.1 En el procedimiento de adjudicación de los contratos derivados se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

a) Cuando el acuerdo marco para un lote se haya concluido con varios empresarios, y en el Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco se hayan establecido condiciones adicionales, a criterio del órgano de contratación, que deban tenerse en cuenta de manera excepcional en un expediente concreto, o exista algún condicionante objetivo de índole clínica, logística o de cualquier otro tipo que pueda afectar a la selección de la oferta más beneficiosa en los contratos derivados, éstos se efectuarán de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 198.4 del TRLCSP convocando a las partes.

A tal efecto, en la convocatoria se comunicará a las empresas seleccionadas en el acuerdo marco, las condiciones o condicionantes específicos a los que está subordinado el expediente concreto que se tramita mediante esta excepción.

Las empresas convocadas deberán manifestar si están en disposición de ofrecer solución a las condiciones o condicionantes puestos de manifiesto, con los productos seleccionados en el acuerdo marco.

Una vez determinadas las empresas cuyos productos seleccionados están en disposición de dar solución a los condicionantes o condiciones específicas puestos de manifiesto, el criterio de selección entre dichos productos será el precio establecido en el acuerdo marco.

b) Cuando el acuerdo marco para un lote se haya concluido con varios empresarios y no exista condicionante alguno de índole clínico, logístico o de cualquier otro tipo, que tenga que tenerse en cuenta en la selección de la oferta más beneficiosa, los contratos derivados podrán realizarse según lo previsto en el párrafo primero del artículo 198.4 del TRLCSP, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación. En este caso el criterio de selección entre las soluciones adoptadas en el acuerdo marco será el precio.”



Segundo. El 16 de noviembre de 2017 ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U. anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del acuerdo marco.

El 20 de noviembre a las 09:22:35 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación.

El *petitum* del recurso, solicita *“que se declare la nulidad de los Pliegos impugnados por los que se rige la contratación, por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho del presente recurso.*

Subsidiariamente, que se solicite la anulación de los mismos, en atención a los motivos referenciados para cada una de las cláusulas citadas en el presente escrito de recurso.”

Solicita la suspensión del procedimiento.

Tercero. El órgano de contratación, el 23 de noviembre de 2017, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe. En el consta por certificación la única empresa que ha presentado oferta.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso interpuesto a la licitadora, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulase las alegaciones sin haber hecho uso de su derecho.

Quinto. La Secretaria, por delegación del Tribunal acuerda, el 1 de diciembre, adopta la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, 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 (TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.1 del TRLCSP y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia



contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Tercero. Hemos de examinar ahora la legitimación del recurrente.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

En relación con el concepto de interés legítimo en el ámbito administrativo, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 o 2 de octubre de 2001, declara que por *interés* debe entenderse toda situación jurídica individualizada que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, siendo *interés legítimo* el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente, en razón de su objeto social puede ser licitadora en el procedimiento, por lo que está legitimada para interponer los recursos conforme a los artículos 42 del TRLCSP y 22.1.2º del RPERMC.

Cuarto. Se recurren los pliegos de un acuerdo marco calificado como de suministros, con un valor estimado superior a los 135.000 euros.



Sobre el ámbito de competencias de este Tribunal ha tenido particular incidencia el transcurso, el pasado 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DN) y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DSE).

Dicha transposición no se llevó a cabo por el Reino de España en el plazo establecido para ello, antes del 18 de abril de 2016, y no se producirá hasta que entre en vigor 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

El hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciados con posterioridad al 18 de abril de 2016 –entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, del TRLCSP, *sensu contrario*, aquellos procedimientos abiertos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, con posterioridad a dicha fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos igualmente con posterioridad a dicha fecha–, están sujetos al efecto directo de la Directiva de concesión. Este es el caso del procedimiento que nos ocupa.

A tal efecto ha de tenerse en cuenta los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016.



Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

La DN fija el umbral económico de los contratos de suministro en 135.000 o 209.000 euros, en función del poder adjudicador, igual que en el vigente artículo 15 del TRLCSP.

En el presente caso, el acuerdo marco de suministros excede de 135.000 euros, por lo que se trata de un contrato armonizado a cuyo conocimiento se extiende la competencia de este Tribunal.

Por otro lado los pliegos del contrato, es expresamente recurribles.

En consecuencia el acto es recurrible, conforme a los artículos 15.1.a, 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP, y 22.1.3º y 4º del RPERMC.

Quinto. Los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores, indistintamente la dirección del órgano de contratación y la página web del perfil del contratante.

Los anuncios se publicaron el 26 de octubre de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector público, el 27 de octubre en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 31 de octubre en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

El recurso se interpuso el 20 de noviembre, precedido de su anuncio al órgano de contratación.

El artículo 44, apartados 1 y 2, letra a, del TRLCSP señala:



“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

Por su parte el artículo 19.1 y 2, del RPERMC, dispone.

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido.



En caso contrario, el cómputo comenzará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los interesados para su conocimiento. En este último caso, cuando dichos documentos hayan sido puestos a disposición de los interesados solamente por medios electrónicos, el plazo para recurrir comenzará a computarse a partir de la fecha en que concluya el de presentación de las proposiciones, salvo que hubiese constancia de que fueron conocidos con anterioridad a dicha fecha. Cuando no se hubieran puesto a disposición de los interesados por medios electrónicos el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a aquel en se hayan entregado al recurrente.”

De conformidad con dichos preceptos, y teniendo en cuenta las reglas de computo establecidas en el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

Sexto. Los argumentos de la recurrente se refieren a la inseguridad jurídica para los licitadores derivada del método de adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco.

Señala que conforme al artículo 198.4 del TRLCSP hay dos subtipos dentro de los acuerdos marco con varios adjudicatarios: aquellos con todos los términos de la contratación previamente definidos, en que no es necesario convocar a las partes a una nueva licitación para la adjudicación derivada, y sin todos los términos definidos, en los que sí es obligatoria esa segunda fase de licitación derivada.

Conforme a la cláusula 4.2.1 del PCAP los organismos adheridos podrán optar bien por convocar a las partes a una nueva licitación, en ese caso, deberán elegir qué condicionante objetivo aplicar para discernir qué licitador seleccionar, bien que los organismos adheridos decidiesen no aplicar ninguno de los condicionantes objetivos, en cuyo caso la adjudicación se realizaría directamente al licitador que hubiera ofertado el precio más bajo en primera fase.

Así el acuerdo marco deja a los organismos adheridos un amplio margen de discrecionalidad a la hora de licitar los contratos derivados, hasta el punto de que no

puede establecerse de forma objetiva si nos encontramos ante un acuerdo marco con todos los términos de definidos, circunstancia que sitúa al licitador en una situación de absoluta inseguridad jurídica.

Además el PCAP previene que los condicionantes objetivos son de índole clínica, logística o de cualquier otro tipo, siendo así que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) solo recoge condicionantes de índole logística, y además establece una categoría genérica “de cualquier otro tipo”.

Por tanto, se podrá convocar a las partes a una nueva licitación, o adjudicar los contratos de forma directa, siempre a criterio de cada organismo adherido; si se convoca una segunda licitación, los organismos adheridos aplicarán uno o varios de los condicionantes técnico-logísticos de los definidos en el PPT, pero también podrán aplicar otros criterios de índole clínica, que no se mencionan ni se enuncian, o, incluso de cualquier otro tipo, sin especificarlos ni enumerarlos; de aplicarse uno o varios de estos condicionantes, tampoco se puede inferir qué baremación tendrán los mismos ni el modo en que estos van a valorarse, el peso relativo que podrán tener para la adjudicación, ni si unos van a ser más importantes que otros.

A juicio de la recurrente el artículo 198 permite acudir ya a la adjudicación directa cuando los términos estén ya fijados en el propio acuerdo marco, o mediante una licitación *ad-hoc* cuando no se hayan fijado los mismos, pero no admite que los pliegos realicen una mezcla entre ambas configuraciones, lo que vulnera los principios de seguridad jurídica y de transparencia.

También señala diversas incongruencias en las especificaciones técnicas de los bienes a suministrar en el PPT, que expone de manera prolija, y que a su juicio limitan la competencia.

El órgano de contratación de contrario señala lo siguiente.

En cuanto a la vulneración de los principios de seguridad jurídica y transparencia, señala que el acuerdo marco es un sistema de racionalización técnica de la contratación pública,

por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación, ni de un procedimiento de adjudicación.

Que la cláusula 4 del PCAP contempla como procedimiento ordinario, el que la contratación derivada se realice sin considerar condicionante alguno, mediante la selección de la oferta más beneficiosa, y que además se prevé la posibilidad prevista en el artículo 198.4 del TRLCSP de que se puedan no tener establecidos todos los términos de la contratación derivada.

La justificación práctica de contemplar que en algunos supuestos la concreción definitiva de todos los términos se difiera a la contratación derivada trae su causa en la singularidad del proceso, tales como la heterogeneidad de las administraciones adheridas, y la singularidad de la práctica clínica.

Que tal solución respeta el espíritu y la letra de la normativa de contratación pública en todo su ámbito y concretamente en el respeto de los principios de igualdad, transparencia y seguridad jurídica.

Que en el pliego se concreta de manera nítida y definida el criterio de adjudicación, el precio, para todos y cada uno de los supuestos, como se refleja en la cláusula 4.2.1 del PCAP.

La argumentación expresada en el recurso tiende a confundir el enfoque que el ordenamiento da a la configuración del acuerdo marco versus a la del contrato propiamente dicho. Si bien es cierto que la normativa de contratación exige de manera general la concreción de todos los términos del contrato, pero esto no es así respecto a los acuerdos marco.

Finalmente, en la argumentación de recurso se intenta poner "sombras" respecto a los posteriores procesos de contratación derivada del acuerdo marco a realizar por las administraciones adheridas, afirmando incluso que *"tampoco se puede inferir qué baremación tendrán los mismos"*, cuando de forma nítida queda establecido como único el criterio de adjudicación en el precio. A tal respecto debe presumirse que en su momento en la contratación derivada las actuaciones de las administraciones adheridas



se realizarán conforme a derecho y, en su defecto, será en ese momento, cuando se deberían utilizar los mecanismos de impugnación que prevé el ordenamiento jurídico.

Respecto de las incongruencias en el PPT señala que las argumentaciones expuestas por el recurrente carecen de fundamento alguno, dado que los productos que se han licitado se corresponden con unos productos de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud (SNS), que por sus características y consumo han sido considerados por los responsables de los servicios de salud adheridos al procedimiento, como idóneos para una adquisición agregada.

Además, debe tenerse en cuenta que el acuerdo marco objeto de recurso no es un procedimiento de compras por indicación (no se seleccionan productos para abordar una patología), simplemente pretende seleccionar unos productos que en la actualidad son de uso generalizado en el SNS y sobre los cuales los responsables sanitarios han considerado su idoneidad para abordar una agregación en su aprovisionamiento y cuyas características técnicas han sido concretadas y consensuadas con los profesionales sanitarios.

No ha de incorporarse al acuerdo marco todas las soluciones del mercado, sino sólo aquellas para las que por su uso clínico, se ha considerado por los responsables de los Servicios de Salud que este sistema de racionalización puede ofrecer mayor eficiencia.

Ello no significa que se cierre el mercado para el resto de alternativas existentes, el resto de soluciones seguirán accediendo al SNS de igual manera que lo hacen en la actualidad, por los procedimientos habituales de contratación, pues el acuerdo marco no tiene carácter exclusivo ni excluyente, por lo que no existe limitación alguna de la competencia.

Séptimo. Para resolver las cuestiones planteadas ha de estarse a lo previsto en los artículos 196 y 198 del TRLCSP.

“Artículo 196. Funcionalidad y límites.

1. Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

2. Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, al menos, de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.

3. La duración de un acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados.”

“Artículo 198. Adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco.

1. Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, en particular en el caso previsto en el apartado 3 de este artículo, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco.

2. Los contratos basados en el acuerdo marco se adjudicarán de acuerdo con lo previsto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

3. Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.

4. Cuando 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.



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, con arreglo al procedimiento siguiente:

a) Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato; no obstante, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos, por razón de su objeto y cuantía, a procedimiento armonizado, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no extender esta consulta a la totalidad de los empresarios que sean parte del acuerdo marco, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres de ellos.

b) Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta.

c) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.

d) De forma alternativa a lo señalado en las letras anteriores, el órgano de contratación podrá abrir una subasta electrónica para la adjudicación del contrato conforme a lo establecido en el artículo 148.

e) El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco.

f) Si lo estima oportuno, el órgano de contratación podrá decidir la publicación de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 154.

5. En los procedimientos de adjudicación a que se refieren los apartados anteriores podrá efectuarse la formalización del contrato sin necesidad de observar el plazo de espera previsto en el artículo 156.3."



A propósito de la interpretación de tales preceptos hemos señalado (por todas Resoluciones números 132/2013, de 5 de abril, 139/2014, de 21 de febrero, 879/2014, de 28 de noviembre, 421/2015, de 8 de mayo) que los acuerdos marco no son contratos, sino un sistema de racionalización de la contratación, cuyas características esenciales de han sido resumidas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal (JCCAE), así en su informe 36/2010 de 28 de octubre de 2011, por lo tanto, el acuerdo marco no es en sí mismo un contrato ni un procedimiento de contratación o adjudicación, sino un sistema por el cual las Administraciones Públicas pueden racionalizar la contratación.

Ello no supone que no le resulten de aplicación las normas propias de los procedimientos de adjudicación establecidas en el TRLCSP y ello por establecerlo así expresamente el artículo 197 del TRLCSP, así si bien no es un procedimiento de adjudicación, se ha de sujetar a las mismas normas jurídicas que cualquier otra licitación.

El acuerdo marco supone la licitación de un determinado servicio, suministro u obra mediante un procedimiento que se articula en dos fases: una primera en la que se elegirán uno o varios licitadores y se definirán los elementos esenciales del contrato y una segunda fase donde se concretarán definitivamente las prestaciones a contratar y se elegirá definitivamente al adjudicatario con quien se formalizará el contrato en caso de que se hubiera celebrado con varios. A través de ambos procedimientos se irán perfilando entonces los elementos esenciales de la licitación.

Así aunque en el acuerdo marco puedan no estar completamente definidas las prestaciones que van a ser objeto de contratación, sí es necesario que los términos esenciales del contrato se encuentren fijados de una forma suficientemente determinada, pues de lo contrario se vulneraría el principio de libre concurrencia, y ello porque los contratos derivados basados en el acuerdo marco se celebran en un régimen de licitación restringida y por lo tanto es fundamental que los elementos esenciales del mismo hayan quedado definidos en el acuerdo marco y no puedan sufrir modificaciones sustanciales, pues de otro modo los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia se verían comprometidos.

De los criterios detallados en el acuerdo marco puede llevarse a cabo también una cierta concreción en los contratos derivados, si bien que, 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.

En fin, 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.

Ahora bien, lo cierto es 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) TRLCSP 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, y en el mismo sentido, el artículo 32.4.d) de la mentada 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 marcos 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.

Analizando la cláusula 4.2.1 del PCAP, de acuerdo con la referida doctrina, hemos de afirmar que no se contraviene en ella sustancialmente el artículo 198 del TRLCSP.

Es incierto que el artículo 198 del TRLCSP y la normativa comunitaria obligue a que necesariamente se opte ya porque todos los términos de la contratación estén previamente definidos en el acuerdo marco, no siendo necesario convocar a las partes a una nueva licitación para la adjudicación derivada, ya porque en el acuerdo marco no estén todos los términos definidos, y en tales casos sea obligatoria la segunda fase de licitación derivada; de modo que no puedan darse otras soluciones intermedias, como es el caso previsto en el PCAP, en el que si bien se opta como procedimiento general u ordinario, aquel en que todos los términos están determinados en el acuerdo marco, se permite acudir, cuando se den determinadas circunstancias, a la posibilidad prevista en el artículo 198.4 del TRLCSP de que, no estando todos los términos establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectué convocando a las partes a una nueva licitación.

En efecto, como dijimos, siempre que los elementos esenciales hayan quedado definidos en el acuerdo marco, de modo que no puedan sufrir modificaciones sustanciales, el órgano de contratación dispone de un cierto margen de discrecionalidad en su concreción en la contratación derivada. Lo esencial, también dijimos, es distinguir entre “términos” del contrato y “criterios de adjudicación”, de modo 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 para la adjudicación de los contratos derivados, los criterios de adjudicación de éstos han de resultar debidamente detallados en los pliegos rectores del acuerdo marco.

Pues bien la cláusula 4.2.1.a) del PCAP señala que cuando el acuerdo marco para un lote se haya concluido con varios empresarios, y en el PPT del Acuerdo Marco se hayan establecido condiciones adicionales, a criterio del órgano de contratación, que deban tenerse en cuenta en un expediente concreto, o exista algún condicionante objetivo de índole clínica, logística o de cualquier otro tipo que pueda afectar a la selección de la oferta más beneficiosa en los contratos derivados, éstos se efectuarán de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 198.4 del TRLCSP convocando a las partes, de modo que una vez determinadas las empresas cuyos productos seleccionados están en disposición de dar solución a los condicionantes o condiciones específicas puestos de manifiesto, *“el criterio de selección entre dichos productos será el precio establecido en el acuerdo marco.”*

Es lo cierto por tanto que el criterio de adjudicación, el precio, está claramente definido en el PCAP del Acuerdo Marco, aunque hayan de concretarse los términos del contrato en cuanto a las especificaciones técnicas del bien suministrado en la nueva licitación para la adjudicación de los contratos derivados.

Ahora bien, aun siendo lícita la posibilidad de optar por el procedimiento del artículo 198.4 del TRLCSP, no obstante establecer como procedimiento ordinario el otro contemplado en el artículo, si debe quedar suficientemente definido en qué circunstancias puede acudir aquel, para no vulnerar los principios de transparencia y no discriminación.

El PCAP señala como motivos que permiten acudir al procedimiento del artículo 198.4 del TRLCSP, bien que en el PPT del Acuerdo Marco se fijen las condiciones adicionales, que deban tenerse en cuenta en un expediente concreto, bien que exista algún condicionante objetivo de índole clínica, logística o de cualquier otro tipo que pueda afectar a la selección de la oferta más beneficiosa en los contratos derivados.

El grado de concreción de la circunstancia que permite acudir excepcionalmente a aquel procedimiento es máximo en la referencia a las condiciones adicionales del PPT.

En cuanto a los condicionantes objetivos y excepcionales condicionante objetivo de índole clínica, logística o de cualquier otro tipo, descritos en la cláusula 4.2.1.a), del PCAP, incluidos los “de cualquier otro tipo”, impugnados por la recurrente, el Tribunal



estima que, toda vez que se trata de un acuerdo marco para el suministro de producto sanitarios, en concreto, prótesis de cadera y cementos de resina para prótesis traumatológicas, al que pueden adherirse múltiples Administraciones y organismos, el condicionante es admisible porque no ampara discrecionalidad alguna, ni afecta a los términos del acuerdo marco celebrado con los adjudicatarios del mismo.

Ese condicionante viene determinado por el hecho de que pueden ser múltiples los órganos que vayan a celebrar contratos derivados, lo que ampara un condicionante en los términos del PCAP impugnado, no concretados plenamente por ser imposible. Por otra parte, ese condicionante abierto siempre ha de ser objetivo y lo es para concretos expedientes, con carácter excepcional y siempre con los productos seleccionados en el acuerdo marco y demás términos del mismo. Además, esos condicionantes son accesorios a los términos esenciales pactados, aunque aquéllos condicionantes objetivos no lo hayan sido plenamente, y afectan no a los precios y bienes concretados en el acuerdo marco, sino a las circunstancias concurrentes de modo excepcional que influyan en la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y, más en concreto, a la necesidad para el órgano de contratación del contrato derivado de convocar a los adjudicatarios del acuerdo marco para concretar si pueden atender al suministro de un producto adjudicado en el contexto de ese condicionante e invitar a los que pueden atenderlo a que oferten sobre el precio, que será el único criterio de adjudicación del contrato derivado.

Entendemos que ese condicionante es admisible, está justificado su grado de determinación y se ajusta plenamente a lo determinado en la Directiva 2014/24/UE, en particular en su artículo 33.4, c), y no implica modificaciones sustanciales de los términos el acuerdo marco, como determina dicho precepto en su apartado 2, párrafo tercero. Es más, no determina modificación alguna de los términos esenciales del acuerdo marco celebrado, sino concreción del procedimiento de adjudicación de los contratos derivados por los condicionantes objetivos concurrentes.

Por ello se desestima el recurso en tales extremos.



Por lo que se refiere a la impugnación de determinadas especificaciones del PPT, hemos de referirnos a la Resolución 140/2013, de 10 de abril de 2013, cuyos argumentos fueron ratificados por la número 139/2014.

En ella señalamos lo siguiente *“como bien señala el órgano de contratación en el informe del art. 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”*.

Esta doctrina es sin duda aplicable al asunto que aquí se plantea, al no ser el procedimiento del acuerdo marco un procedimiento exclusivo y excluyente, y no impedir por tanto que cualquier otro bien no contemplado en las especificaciones del PPT pueda ser adquirido por las entidades y organismos subjetivamente afectados por aquel, mediante procedimiento de contratación singulares atendiendo a las necesidades clínicas específicas del paciente, no puede afirmarse que la no inclusión entre las especificaciones de material del PPT de tales bienes vulnere los principios de igualdad y libre concurrencia.

En fin, corresponde al órgano de contratación definir las características de los bienes a suministrar para la mejor satisfacción del interés general al que sirve, por lo que puede y debe fijar las especificaciones técnicas de los bienes de acuerdo con lo que, conforme a la experiencia y conocimientos contratados, mejor satisfacen el objeto del acuerdo marco.



En consecuencia se desestima también la citada alegación.

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 especial en materia de contratación interpuesto por D. J.O.L.F., en nombre y representación de ZIMMER BIOMET SPAIN, S. L. U., contra los pliegos del *“Acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado”* (Exp. AM 2017/136), licitado por Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), Entidad Gestora de la Seguridad Social dependiente de la Administración General del Estado.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 47.4 del 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.