



**Recursos nº 1064/2013**

**Resolución nº 139/2014**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de febrero de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.M.P.J. y D. C.F.R. actuando en representación de ROCHE DIAGNOSTIC, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas del acuerdo marco para la selección de suministradores de productos sanitarios para los Ministerios de Defensa e Interior, para varias Comunidades Autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Expediente 2013/161), 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 enviado al Diario Oficial de la Unión Europea y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 16 de diciembre de 2013, así como en la Plataforma de Contratación del Estado el 5 de diciembre de 2013, el acuerdo marco para la selección de suministradores de productos sanitarios para varias Comunidades Autónomas y Organismos de la Administración del Estado (Expediente 2013/161).

**Segundo.** El 24 de diciembre 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, cuyo recurso fue asignado el número 1064/2013.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

**Segundo.** Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido y debidamente representada.

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

**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, atendiendo lo dispuesto en los artículos 40.2. a) y 40.1 a) del TRLCSP.

**Cuarto.** Sentado lo anterior, resulta conveniente, a fin de sistematizar la exposición, hacer síntesis de los motivos de impugnación hechos valer por el recurrente y que son los siguientes:

1. La definición y configuración de determinados criterios de valoración objetivos para la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco vulneran los principios de transparencia, igualdad y libre competencia.
2. La indefinición de los pliegos en lo relativo a la posibilidad de presentar variantes y en cuanto al régimen de la oferta económica en la adjudicación de los contratos derivados supone una vulneración del principio de transparencia.
3. Incorrecta definición de los criterios dependientes de un juicio de valor previstos para la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco.
4. Vulneración del interés público y de los principios inspiradores de la contratación pública por el pliego de prescripciones técnicas al obviar los caracteres innovadores que deben configurar las políticas de

contratación de los entes del sector público.

Vistos todos los alegatos se hace preciso abordarlos de forma sistemática por el orden enunciado.

**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 sino 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.

En segundo término el recurrente indica que dos de los criterios previstos se encuentran definidos haciendo referencia a un procedimiento concreto o a una producción determinada, produciéndose una grave vulneración del principio de igualdad y no discriminación y el principio de libre competencia.

En concreto respecto de las tiras en envase individualizadas estériles (0-5 puntos) dice que su producción únicamente se encuentra en condiciones de ofertar una sola empresa del sector, suponiendo por tanto, una clara limitación y perjuicio para el resto de los licitadores que se ven privados directamente de la posibilidad de optar a los 5 puntos con los que valora dicho criterio.

A juicio del recurrente, la exigencia de tiras envasadas individualmente no está justificada en ningún caso desde un punto de vista técnico y atendiendo al objeto del contrato licitado, destacando que todos los nuevos lanzamientos de productos de los últimos años,

has sido tiras envasadas en tubo y que las tiras en envase individual (blíster) añaden más complejidad en la manejabilidad.

En cuanto a la compatibilidad con tiras para la detección de cuerpos cetónicos (2 puntos), considerar que no se encuentra justificada desde un punto de vista técnico y que solo dos empresas del sector las producen.

Ello supone una vulneración del artículo 139 del TRLCSP, aplicable a la adjudicación de los contratos y que establece que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.

Asimismo, el artículo 117.8 del TRLCSP indica lo siguiente: *"Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo. a un orinan q a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»."*

El órgano de contratación afirma que respecto a ambos criterios no es cierto que sólo una empresa o dos puedan cumplirlos, teniendo en cuenta que son aspectos no sujetos a derecho de patente y que en la licitación pueden participar soluciones de cualquier parte del mundo.

Si estos requisitos fuesen incluidos como especificaciones técnicas básicas en los pliegos técnicos del acuerdo marco, entonces sí podríamos estar hablando de falta de igualdad y libre competencia, pero no es este el caso. El hecho de incluirlos como criterios sólo valorables en los contratos derivados y no en la selección de proveedores del acuerdo marco se debe a que es una característica que de existir supone una mejora importante para el paciente.

Sobre la compatibilidad con tiras para la detección de cuerpos cetónicos, es también una característica necesaria en un porcentaje de pacientes donde no sólo es necesario medir el nivel de glucosa. Por este motivo no ha sido considerada como una especificación técnica básica dentro el Pliego de Cláusulas Técnicas a cumplir por los productos que puedan ofertar los diferentes licitadores, pero sí ha sido considerada para su valoración en los contratos derivados con una puntuación de 2 puntos sobre 100, al considerar que una tira reactiva para determinación de glucosa permita además la detección de cuerpos cetónicos es una característica que da valor al producto y es necesaria en determinados pacientes como por ejemplo embarazadas y niños, permitiendo en un solo acto el control de su proceso. Circunstancia que vuelve a favorecer la innovación tecnológica de los productos, además de posibilitar un mayor control y, por tanto, una mayor seguridad en aquellos pacientes en los que es necesario realizarse controles de cuerpos cetónicos, además de niveles de glucosa.

En definitiva para la fijación de estos criterios, el órgano de contratación ha tenido en cuenta siempre el criterio clínico entendiendo que dicho procedimiento de compras no es exclusivo y si un paciente requiere un producto con otras características el Servicio de Salud le proveerá el que necesite.

Ya se ha dicho anteriormente que hay soluciones en el mercado que contienen o no otros de los elementos considerados como criterios técnicos objetivos. Dichos criterios técnicos se configuran como mejoras cuya finalidad ha sido justificada en el órgano de contratación. Como ocurre con todo tipo de productos que se ofrecen en el mercado en régimen de libre de concurrencia, las empresas los fabrican con unas características esenciales que los definen y otras que se introducen como mejoras de carácter accesorio.

En este lote y respecto de los productos definidos en el mismo están previstos hasta 13 criterios técnicos objetivos que responden a este concepto y no al de características técnicas, valorados con un total de 35 puntos (no más de 5 puntos para los criterios mejor valorados) de un total de 100 puntos. Lo más seguro es que no todos los productos de las empresas en el mercado puedan incluir todos y cada uno de estos criterios dado su carácter accesorio. Es por ello que aunque determinados criterios técnicos no pueden incorporarse por todas las empresas (esto es, tengan una oferta limitada en el mercado),

la configuración en su conjunto de los criterios técnicos objetivos y del resto de criterios, principalmente el precio con una ponderación de un 60%, hace que la afirmación anterior del recurrente sobre vulneración del principio de libre concurrencia no pueda prosperar.

**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.

Íntimamente vinculado con la indefinición sobre la necesidad de presentar una nueva oferta en la licitación de los contratos derivados, se encuentra el hecho de que los pliegos que rigen la presente licitación no especifican el régimen aplicable a las variantes en la valoración de las ofertas presentadas en la licitación de los contratos derivados.

Teniendo en cuenta que la doctrina sobre el régimen aplicable a la presentación de mejoras resulta igualmente aplicable a esta materia, cabe destacar la resolución núm. 155/2011, de 8 de junio de 2011 de este mismo Tribunal (así como las resoluciones núm. 69/2012, 203/2012 y más recientemente en la núm. 173/2013) en la que se marcan las siguientes directrices:

*“En particular, y como dijimos en nuestra Resolución 97/2013, citada por el recurrente, ello implica que en las licitaciones en ejecución de acuerdos marco que no hayan establecido en los pliegos del propio acuerdo marco el modo de valoración de las mejoras, se expresen de modo previo a la presentación de ofertas (normalmente, en el momento de su requerimiento) los **"requisitos, límites, modalidades, características que permitan identificar la mejora suficientemente"** y sus criterios de valoración, para evitar una infracción del principio de igualdad, pues, de otro modo, se aleja al libre arbitrio del órgano de contratación su valoración”.*

Por último el recurrente alega también indefinición respecto de la posibilidad de adhesión de nuevos órganos de contratación una vez adjudicado el acuerdo marco.



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.

Tampoco existe indefinición en relación a las variantes. La primera fase de selección no tiene el carácter de competitiva (no hay un único seleccionado o número o porcentaje de empresas seleccionadas). Acceden todas las soluciones admisibles y a las variantes se les aplica los mismos criterios que a la primera oferta. Por lo tanto, no existe ninguna indefinición sobre el régimen de admisión y valoración de variantes en la licitación de los contratos derivados del acuerdo Marco, debido a que viene regulado de forma clara y precisa en las Cláusulas 2.7.6., 2.10.5 y en el capítulo IV de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del acuerdo marco.

El pliego de cláusulas administrativas cumple con lo dispuesto en el artículo del TRLCSP en relación con variante ya que las limita a producto y precio con las siguientes condiciones:

- a) Todas las variantes deben cumplir con las características técnicas expresadas para cada lote en el pliego prescripciones técnicas.

- b) El precio ofertado para cada variable debe ser igual o inferior al precio de licitación expresado para cada lote.

Por último y en cuanto a la imposibilidad de adhesión de nuevos órganos de contratación, se encuentra expresamente recogida en el artículo 198.1. del TRLCSP por lo que no tiene ningún sentido alegar que en el pliego no se explicita. En el pliego se explicita claramente las administraciones que están adheridas y que participan en el Acuerdo.

**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 que 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.

Hay que traer a colación la doctrina sentada en la Resolución número132/2013, de 5 de abril de 2013, de este Tribunal, en cuanto a los criterios de selección de contratos basados en un acuerdo marco. En concreto: *“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 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 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 deben ser adjudicados los tales contratos. Así se desprende del "considerando" 11 de la ya citada Directiva 2004/18/CE cuando señala que "la nueva licitación debe cumplir determinadas normas destinadas a garantizar la necesaria flexibilidad y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato". Flexibilidad que si se admite con respecto de la necesidad de concretar determinadas condiciones del acuerdo marco para fijar con exactitud el producto a seleccionar en la fase de adjudicación del contrato derivado, necesariamente debe llevarnos a permitir que sobre los criterios detallados en el acuerdo marco pueda llevarse a cabo también una cierta concreción. Claro está que, en aras de "los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato" a que alude el expositivo 11 de la Directiva citada, los criterios a utilizar en la adjudicación deben estar determinados previamente en el acuerdo marco, como ya hemos dicho, pero, es propio de la naturaleza de éste, que el órgano de contratación disponga de un cierto margen de discrecionalidad para poder elegir de entre los recogidos en él, aquellos que sean más adecuados a las características precisadas para los productos a adquirir y atribuirles la ponderación o preferencia que mejor se acomode a la satisfacción de las necesidades que busca cubrir mediante el contrato derivado.*

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

*Claro está que la elección de qué criterios de adjudicación van a ser utilizados en cada caso y cuál es la ponderación o preferencia que debe atribuirse a cada uno de ellos debe hacerse en todo caso con exquisita observancia de las exigencias que derivan del principio de igualdad de trato entre los distintos licitadores. No obstante, es así mismo claro, que la apreciación de si se ha observado o no esta exigencia no puede hacerse*

*más que en el momento en que, de conformidad con lo que prevé el artículo 198.4 del TRLCSP, deben concretarse los términos de la nueva licitación. Y es en este preciso momento, cuando si alguno de los licitadores considerase que se ha producido infracción del ordenamiento jurídico al precisar tales condiciones, podrá impugnar en los términos previstos legalmente, el establecimiento de las mismas.*

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

*A tal respecto, conviene tener en cuenta que si la valoración que de las ofertas se hiciera en la fase del acuerdo marco tuviera en cuenta otros criterios además del precio, los licitadores podrían estar suficientemente orientados en cuanto a los productos a ofertar. Por el contrario, atendándose 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”.*

Por lo tanto el principio de igualdad y no discriminación son los límites a la cierta flexibilidad que se permite a los órganos que deben adjudicar los contratos derivados del

acuerdo marco. 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.

**Octavo.** Por último el recurrente considera que en el en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT ) por lo que se refiere al Lote 4 relativo a *"Tira reactiva para la determinación de glucosa en sangre con autoanalizador para uso de pacientes"*, se ha incluido una característica técnica que vulnera el citado artículo 22.2 del TRLCSP al no permitir a las licitadoras ofertar productos que supongan una innovación según el estado actual de la técnica, no obedeciendo a las políticas orientadas hacia la innovación que presiden la contratación pública que, recordemos, está destinada a satisfacer el interés público con los mejores medios de que pueda disponer el órgano contratante en cada momento.

Efectivamente, de la mera lectura del mencionado documento contractual se desprende que la definición de las características técnicas se ha realizado haciendo referencia a un único procedimiento, tecnología o principio de análisis concreto, cuando existen otros en el mercado perfectamente válidos.

La característica técnica concreta a la que se refiere el recurrente es la establecida en la cláusula 2.3 para el Lote 4 referente al principio de medición defendiendo el recurrente que existen productos con el principio de medición colorimétrico que cumplen los requisitos mínimos recogidos en la ISO 15/97:2003 cuando el anterior no.

Debe tenerse en cuenta que la recurrente ya alegó lo mismo en su recurso antes citado que fue resuelto por la Resolución de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, número 140/2013, de 10 de abril de 2013, sin que actualmente haya esgrimido mayores argumentos.

Concretamente en el fundamento de derecho décimo de dicha resolución dispone lo siguiente: *"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 mediación 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 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.*

*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, portante, 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 cohonestarse 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."*

Por ello debe desestimarse dicho alegato.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Desestimar por los motivos expuestos el recurso interpuesto por D. J.M.P.J. y D. C.F.R.actuando en representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas del acuerdo marco

para la selección de suministradores de productos sanitarios para los Ministerios de Defensa e Interior, para varias Comunidades Autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Expediente 2013/161).

**Segundo.** 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente 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.