



Recursos nº 1026/2013, 1028/2013 y 1038/2013

Resolución nº 088/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 5 de febrero de 2014.

VISTOS los recursos acumulados interpuestos por D. T. G. O. actuando en representación de MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A., D. E. M. R. G., en representación de JOHNSON & JOHNSON, S.A. y D. A. S. C. y D. L. A. M. M. actuando en representación de BAYER HISPANIA, 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 20 de diciembre de 2013 la mercantil JOHNSON & JOHNSON S.A. interpuso ante este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen dicha licitación, a cuyo recurso fue asignado el número 1026/2013. Igualmente el 23 de diciembre de 2013, MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A. interpone recurso especial contra los mismos pliegos, al que fue asignado el número 1028/2013. La empresa BAYER HISPANIA, S.L. lo interpuso el 24 de diciembre de 2013, y a dicho recurso fue asignado el

número 1038/2013.

Tercero. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado de los recursos interpuestos a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, dispusieran del plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones: en fechas 23 de diciembre de 2013 se dio traslado de los recursos 1026 y 1028/2013, y en fecha 24 de diciembre se dio traslado del recurso 1038/2013. La empresa DISRIVAS, S.L. formuló alegaciones al recurso TACRC 1026/2013.

Cuarto. El 17 de enero de 2014 este Tribunal dictó resolución por la que acordaba la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 a 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 1026/2013, 1028/2013 y 1038/2013 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al referirse a un mismo acto y fundar sus pretensiones sobre argumentos idénticos, en el caso de los dos primeros recursos y similares en el tercero.

Segundo. Los referidos recursos han sido interpuestos ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Tercero. Debe entenderse que los recursos han sido interpuestos por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido. Ello es indudablemente en lo que concierne a todas las mercantiles MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A., JOHNSON & JOHNSON S.A. y BAYER HISPANIA, S.L. que han decidido presentar oferta en la licitación regida por los referidos pliegos.

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

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión de los recursos debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce, extremo que no admite duda alguna, atendido lo dispuesto en los artículos 40.2.a) y 40.1.a) del TRLCSP.

Quinto. Sentado lo anterior, resulta conveniente, a fin de sistematizar la exposición, hacer síntesis de los motivos de impugnación hechos valer por los recurrentes que en el caso de MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A. y JOHNSON & JOHNSON, S.A. son totalmente coincidentes y en el caso de BAYER HISPANIA, S.L. se incluyen otros diferentes.

A tal fin, cabe indicar que las compañías fundamentan su recurso, en los siguientes motivos:

a) La adjudicación de contratos de suministro de tracto sucesivo por precio unitario a través de un Acuerdo marco con varios empresarios infringe el artículo 9.3 en relación con el artículo 198 del TRLCSP (cláusula 2.3 del pliego cláusulas administrativas particulares).

b) La utilización del precio como criterio de adjudicación del Acuerdo marco es incongruente con la selección de todas las ofertas que cumplen los requisitos técnicos y administrativos exigidos.

c) El suministro sin cargo de los aparatos de lectura y de las lancetas necesarias para el uso de las tiras reactivas, puesto en el pliego de prescripciones técnicas es una pretensión ajena al contrato y supone la financiación irregular de otras actividades administrativas ajenas al contrato de suministro.

d) Incumplimiento de la nueva obligación impuesta por la nueva disposición adicional 34 del TRLCSP de aprobar en los contratos de suministro y servicios un presupuesto máximo.

e) Los requisitos de solvencia exigidos suponen una discriminación a favor de los contratistas previos.

f) Ilegalidad de los criterios de adjudicación técnicos a aplicar en la licitación para la adjudicación de los contratos basado en el Acuerdo marco.

g) Vulneración de la concurrencia en el mercado, en la exigencia de determinadas características mínimas del lote número 4.

h) Vulneración del principio de igualdad.

i) Concurrencia de causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración.

j) Características técnicas del suministro confusas y contrarias a derecho.

k) Criterio técnico evaluable desproporcionado y contrario a la salvaguarda de la libre competencia del artículo 1 del TRLCSP.

Finalizan todos los recursos solicitando que se anulen los pliegos impugnados en los términos descritos.

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

Todas las recurrentes sostienen, en primer término, que la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es contraria a derecho, en tanto en ella se establece que la Mesa propondrá la adjudicación del Acuerdo marco a una pluralidad de licitadores. Considera que tal previsión es incompatible con el artículo 9.3.a) del TRLCSP, en virtud del cual en los contratos de suministros por los que un empresario se obligue a entregar *"una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente"* la adjudicación *"se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario."*

Tal alegato no puede prosperar. Como ya se ha dicho, en la resolución 132/2013 de este Tribunal: *“No cabe confundir los Acuerdos Marco (que no suponen, en rigor, un tipo contractual sino una técnica de contratación tendente a racionalizar la contratación pública) con los contratos derivados formalizados en su seno ni con cualesquiera otros contratos de suministro aisladamente concertados.*

El alegato de la actora parte de una confusión de base: una cosa es que determinados contratos de suministro de tracto sucesivo tengan que seguir el procedimiento de adjudicación establecido para los Acuerdos Marco con un único empresario (que es lo que establece el artículo 9.3.a) TRLCSP) y otra, como parece pretender, que todos los Acuerdo marco que tengan por objeto la ulterior contratación de suministros, deban formalizarse con un único empresario. En efecto, la eventual formalización de estos Acuerdos Marco con uno o varios empresarios es admitida indistintamente y sin restricción alguna en los artículos 196 y 198 TRLCSP, lo que evidencia la total carencia de fundamento del alegato analizado, que debe de este modo ser desestimado”.

Debe observarse que el sentido de los preceptos indicados que abogan los recurrentes (se adjudique obligatoriamente a un único proveedor el Acuerdo marco que tenga por objeto el suministro sucesivo de una pluralidad de bienes a precio unitario) no es el más acorde con la finalidad que se persigue con el Acuerdo marco, como técnica de racionalización de la contratación para dotar al Sector Público de un instrumento eficaz, precisamente por las cautelas que en su utilización impone el ordenamiento jurídico en aras a evitar distorsiones a la libre competencia o abusos contrarios a la misma.

Séptimo. La siguiente alegación de los recurrentes se refiere a una incongruencia en la cláusula 2. 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Dicha cláusula es del siguiente tenor literal: *“La mesa propondrá por cada uno de los lotes la selección de todas las ofertas y sus variantes incluidas en las proposiciones recibidas que cumplan con todos los requisitos relativos a personalidad, capacidad y solvencia económico-financiera y técnica o profesional, así como los correspondientes al cumplimiento de las características técnicas exigibles para cada suministro en los pliegos.*

Una vez procedido a determinar las empresas admitidas, el único criterio que servirá de base para la selección será el precio.”

Los recurrentes afirman que la incongruencia deriva de que, por una parte, se confirma en esta cláusula la selección de todas las ofertas que cumplan los requisitos de capacidad para luego hablar del precio, como único criterio de selección de las admitidas.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe explica que no existe tal incoherencia ya que tal y como se recoge en la cláusula 2.3 del pliego de cláusulas administrativas en el procedimiento de selección de suministradores del Acuerdo marco se establecerá inicialmente la admisibilidad de las ofertas y variantes en función de que cumplan con todos los requisitos relativos a la capacidad y solvencia económico-financiera y técnica o profesional, así como los correspondientes al cumplimiento de las características técnicas exigibles para cada suministro en los pliegos. Una vez admitidas se seleccionarán en base al precio, es decir, resultarán adjudicatarias todas las que tengan un precio igual o inferior al de licitación.

En este punto hay que dar la razón a los recurrentes en cuanto a que la cláusula mencionada denota una cierta incongruencia que además no se corresponde con el resto de las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que sea plausible la explicación del órgano de contratación, ya que el que los licitadores tengan que presentar su oferta económica por importe igual o por debajo del presupuesto máximo de licitación, no es un criterio de selección o valoración sino un requisito de admisión de las ofertas.

A estos efectos conviene traer a colación, la consolidada doctrina jurisprudencial, mantenida en múltiples ocasiones por este Tribunal, en que se asevera que en la contratación administrativa el pliego de cláusulas administrativas particulares es ley del contrato al que se sujetan las partes. Cualquier duda sobre su clausulado debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en los principios que rigen la contratación pública y, en su defecto, por las normas contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

Siguiendo esta interpretación y dada esa cierta contradicción conviene examinar el resto del clausulado (interpretación sistemática) para ver si interpretando unas cláusulas con las otras es posible resolver la duda puesta de manifiesto por los recurrentes atribuyéndole un sentido concreto: el que resulte de todas aquéllas. En definitiva, ver si es posible concluir que se seleccionarán todas las ofertas si cumplen con los requisitos relativos a personalidad, capacidad y solvencia económico-financiera y técnica o profesional (que es lo que resulta del tenor literal del apartado primero de la cláusula 2.3) o, por el contrario, una vez se admitan, el criterio a utilizar será el precio (que es lo que parece indicar el párrafo segundo de la citada cláusula). Debe tenerse en cuenta que si no es posible clarificar su sentido, la conclusión a la que se llegaría conforme al artículo 1289 al recaer las dudas sobre un elemento esencial del contrato (como es el que afecta al proceso de selección de ofertas), el contrato devendría nulo.

Pues bien, ninguna cláusula del pliego de cláusulas administrativas particulares (excepción de la mencionada) ni el pliego de prescripciones técnicas se refieren al precio como criterio de selección. Todo lo contrario:

- La cláusula 2.10.5 del pliego después de que los apartados anteriores describan de forma pormenorizada la actuación de la Mesa de Contratación en cuanto a la calificación de la documentación administrativa y técnica y al acto de apertura de las proposiciones económicas establece que :*“La mesa propondrá por cada uno de los lotes la selección de todas las ofertas y sus variantes incluidas en las proposiciones recibidas que cumplan con todos los requisitos relativos a personalidad, capacidad y solvencia económico-financiera y técnica o profesional así como los correspondientes al cumplimiento de las características técnicas exigibles para cada suministro en los pliegos y procederá a elevar su propuesta al órgano de contratación que dictará resolución motivada de adjudicación del mismo.”*

- El pliego de cláusulas administrativas particulares sólo se refiere a los criterios de adjudicación de los contratos derivados en su anexo VII. La no referencia explícita a los criterios o criterio de selección de licitadores para el Acuerdo marco hace suponer que se admitirá a todos los licitadores que cumplen los requisitos administrativos y técnicos exigidos.

En todo caso, a diferencia de lo que ocurre respecto de otros motivos esgrimidos en los recursos, en el presente no se pide la nulidad del pliego por parte de los recurrentes manifestando exclusivamente la situación de inseguridad jurídica en que se encuentran al desconocer la incidencia del precio en la selección del Acuerdo marco, inseguridad que desaparece desde el momento en que han tenido acceso al expediente del procedimiento de recurso y conocen cuál es la voluntad del órgano de contratación que se ratifica por lo dispuesto en el clausulado del pliego.

Mención especial conviene realizar respecto del alegato del recurrente BAYER HISPANIA, S.L. en cuanto que en ningún caso puede deducirse del pliego que los criterios de selección (precio y otros) sean los establecidos en el anexo VII, anexo que como su propia denominación determina, se refiere a los criterios para la selección de los contratos derivados del Acuerdo marco y no a la propia adjudicación del Acuerdo marco.

Octavo. Dos de los recurrentes aducen respecto del lote número 4, que el suministro previsto en el pliego de prescripciones técnicas sin cargo, de los aparatos de lectura y de las lancetas necesarias para el uso de las tiras reactivas es una pretensión del INGESA, ajena al objeto del contrato y que supone la financiación irregular de otras actividades administrativas ajenas al mismo.

En este sentido, traer a colación la Resolución de este Tribunal 132/2013 que respecto de un Acuerdo marco similar y en relación con los mismos instrumentos dice lo siguiente:

”En segundo lugar, la citada mercantil y la también recurrente JOHNSON & JOHNSON S.A. alegan que la citada previsión comporta infracción del artículo 150.1 TRLCSP, que exige que los criterios de valoración estén directamente relacionados con el objeto de contrato. El alegato así formulado parece querer sugerir, y en este sentido se expresa con mayor claridad la también actora FENIN (con cita, esta vez, de los artículos 86.1 y 87.1, así como 9.3.a) y 293, del TRLCSP), que la previsión del Pliego contravendría el principio general, plasmado en los tales preceptos, de que todo contrato ha de tener un precio y objeto cierto.

El alegato así opuesto, anticípese ya, ha de prosperar, sin perjuicio de que deban ser matizados los argumentos de las actoras.

En efecto, no es dable entender, en rigor, que el pliego, pese a su dicción literal, esté exigiendo la entrega de los tales medidores y lancetas sin contraprestación alguna ni, desde luego, que unos y otras deban necesariamente ser objeto de una licitación separada o configurarse como integrantes de lotes diferenciados. Parece evidente que, por un lado, dichos elementos no pueden considerarse como extravagantes o ajenos al objeto del Acuerdo marco y, más concretamente, al contenido de sus lotes 4 y 5, pues son claramente accesorios del bien que principalmente los integra (las tiras reactivas) y, por otro, parece también evidente que debe considerarse retribuida su entrega (partiendo del principio general de onerosidad de la contratación del sector público) de forma conjunta con el precio unitario satisfecho por las distintas tiras reactivas.

Sin embargo, y asumido lo anterior, ha de admitirse que las referencias del Pliego de Prescripciones Técnicas a la entrega "del número de aparatos de lectura que sean necesarios para el uso de las tiras reactivas" y del "número de lancetas necesarias para el uso de las tiras reactivas" adolecen de una evidente falta de precisión que permiten tener por conculcado el principio general de los artículos 86 y 87 TRLCSP, en virtud de los cuales tanto el objeto como el precio del contrato han de ser determinados. En efecto, una cosa es que las cantidades que han de ser objeto de suministro no deban ser necesariamente determinadas en el Acuerdo marco, como antes se ha dicho, y otra que el bien unitario en cada caso objeto de suministro (y, por ende, el precio que por él ha de satisfacerse) no quede suficiente y precisamente determinado. Desde este punto de vista, parece evidente que el órgano de contratación ha de establecer en el Pliego de Prescripciones Técnicas una cierta relación cuantitativa, cociente o ratio entre las tiras reactivas y los lectores y lancetas que han de ser suministrados (verbigracia, y a título de mero ejemplo, uno por cada cincuenta, cien, mil tiras o las que corresponda), a fin de que los licitadores puedan realizar correctamente su oferta económica, asumiendo que el precio unitario por cada tira incorpora, por añadidura y por así decirlo, una parte alícuota (en la proporción que por dicho cociente o ratio corresponda) de medidor y lanceta. Referir, como pretende el órgano de contratación, dicha precisión a unos indeterminados y sedicentes "usos de mercado" que, incluso de existir, pudieran ser objeto de muy distinta interpretación por los diversos licitadores y, sobre todo, por el órgano de contratación, se revela, a juicio de este Tribunal, contrario a las claras exigencias de los meritados artículos 86 y 87 TRLCSP.

A lo dicho no obsta que, como hemos expuesto con anterioridad, el apartado 2.2. de la Nota explicativa de los Acuerdos Marco de la Comisión Europea (Documento CC 2005/03 de 14 de julio de 2005) afirme que, con carácter general, el precio no tiene por qué ser determinado en el Acuerdo marco propiamente dicho. En efecto, sin perjuicio de admitir la validez general de dicho aserto, es evidente que debe reconocer como excepción aquellos casos en los que, como aquí ocurre, el precio sea criterio de adjudicación del Acuerdo marco (no digamos ya si se trata del único criterio, sin perjuicio de lo señalado en el fundamento precedente).

Debe, por todo ello, estimarse el motivo de impugnación, en los concretos términos en que viene de exponerse: es decir, no se reputa contraria a derecho la exigencia añadida de tales medidoras y lancetas como objeto del contrato, pero sí exigible su más concreta determinación en la definición que de los tantas veces referidos lotes 4 y 5 se hace en el apartado 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas.”

Debe tenerse en cuenta que en el presente pliego de cláusulas administrativas se ha atendido a la doctrina que en la resolución reseñada se mantiene, estableciendo una ratio entre las tiras reactivas y los lectores y lancetas que han de ser suministrados, de tal suerte que todos los licitadores pueden realizar su oferta con conocimiento de causa, sabiendo de forma predeterminada qué porcentaje o parte alícuota del importe de las lancetas y lectores debe repercutir en el precio unitario de las tiras. Así en referencia a las mismas el pliego de prescripciones técnicas dispone que la empresa adjudicataria se compromete a entregar, sin cargo alguno, los medidores de glucemia necesarios a razón de un glucómetro por cada 2.000 tiras. Respecto de las lancetas para punción capilar dispone que se entregará, sin cargo alguno, la cantidad suficiente de lancetas para cubrir las necesidades de los pacientes en un ratio de una lanceta por cada tres tiras.

Noveno. El siguiente alegato de todos los recurrentes se refiere al supuesto incumplimiento en la disposición adicional 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que es de aplicación, a su entender, al presente procedimiento ya que entró en vigor al día siguiente de su publicación (Ley 8/2013, de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas).

Con independencia de la aplicabilidad temporal de la citada norma hay de nuevo que traer a colación algo que ya se ha dicho en fundamentos jurídicos anteriores. Los pliegos que se impugnan y que rigen la selección por procedimiento abierto se refieren a un Acuerdo marco y no a un contrato de suministro. El Acuerdo marco es definido como un sistema de racionalización técnica de la contratación pública y no como un contrato de suministro por lo que difícilmente puede aplicársele la disposición adicional citada que se refiere única y exclusivamente a los contratos de servicios y de suministro.

En el presente Acuerdo marco se prevé un presupuesto máximo estimado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 88.8 del TRLCSP en el que expresamente se indica para los acuerdos marco que se tenga en cuenta el valor máximo estimado del conjunto de contratos contemplados durante la duración total del acuerdo, siendo que además los que deben disponer de crédito adecuado y suficiente en las aplicaciones presupuestarias correspondientes a fin de atender las obligaciones económicas derivadas de los contratos que se celebren derivados del Acuerdo marco, son los órganos de contratación correspondientes.

Décimo. Consideran dos de los recurrentes, MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A. y JOHNSON & JOHNSON, S.A., respecto de la solvencia técnica exigida, que la cláusula que la contiene es nula de pleno derecho conforme al actual artículo 32.1 d) del TRLCSP que establece que son causas de nulidad de derecho administrativo la siguientes: *"Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de la Administraciones Públicas que otorgan de forma directa e indirecta ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier administración"*.

Así, los recurrentes concluyen que como quiera que el pliego sólo fija un medio para acreditar la solvencia técnica y no fija medios alternativos, las empresas que no puedan acreditar haber contratado previamente con la Administración suministros de objeto similar quedarán excluidas.

La solvencia económica y técnica se regula en los artículos 74 y siguientes del TRLCSP siendo que el primer precepto citado dispone que la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79.

De este precepto se deduce que es el órgano de contratación al que le corresponde fijar o establecer el medio o medios que considere adecuado en aras a la acreditación de la solvencia que corresponda de entre los que enumera el propio TRLCSP. Lógicamente esta facultad no es discrecional y está limitada por el fin que se persigue por la contratación pública. Como ha puesto de relieve en diversas ocasiones este Tribunal, la solvencia exigible debe figurar expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en los anuncios, debe ser determinada, han de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.

Por su parte, el artículo 77 del TRLCSP recoge expresamente que la solvencia técnica de los contratos de suministro se acreditará por uno o varios de los medios que figuran en el mismo. De entre ellos el regulado en el apartado 1 letra a) es el que con un contenido prácticamente idéntico se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares impugnado.

En este sentido, debe concluirse que el hecho de que se elija un medio y no varios alternativos, conforme a lo visto no implica ninguna actuación irregular o ilegal. Por otra parte, como afirma el propio órgano de contratación en su informe, el documento exigido para acreditar la solvencia técnica -relación de suministros de objeto similar de los dos últimos años que incluya importe, fechas y el destinatario público o privado de los mismos – no hace suponer que se produzca una discriminación de antemano a favor de los licitadores que hayan formalizados contratos con las Administraciones Públicas, ya que la relación que permitirá acreditar la solvencia técnica se refiere a contratos similares en cuanto a objeto, importe y duración con cualquier entidad pública o privada, sin que, en ningún caso, del tenor de la misma pueda inferirse la preferencia por contratos con Administraciones Públicas frente al sector privado.

Undécimo. Otra de las razones que alegan los recurrentes para solicitar en el suplico la nulidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en este caso refiriéndose a lo dispuesto en el lote número cuatro) es la supuesta ilegalidad de los criterios de adjudicación técnicos a aplicar en la licitación para la adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo marco. En este sentido, mientras JOHNSON & JOHNSON, S. A. y

MENARINI DIAGNÓSTICOS, S. A. puntualizan en qué consideran ilegales determinados aspectos referente los criterios técnicos, el tercer recurrente se limita con carácter general a solicitar la anulación de la cláusula cuarta y del pliego de cláusulas administrativas particulares en base a que para la selección de los contratos derivados no basta que el pliego de cláusulas administrativas que rige el Acuerdo marco realice una enumeración o elenco de criterios técnicos planteados de forma general, pudiendo elegirse unos u otros.

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.

Hay que traer a colación la doctrina sentada en la Resolución de este Tribunal 132/2013, en cuanto a los criterios de selección de contratos basados en un Acuerdo marco. En ella decíamos lo siguiente:

“Sobre este particular, es indudable que, como antes se ha señalado, tanto el artículo 32.4 de la Directiva 2004/18/CE como el artículo 198.4 TRLCSP admiten implícitamente que en los Acuerdos Marcos celebrados con varios empresarios u operadores económicos, no todos los términos determinantes de la adjudicación de los contratos derivados estén predeterminados y establecidos en el propio Acuerdo marco, pudiendo precisarse en la nueva licitación a la que ha de convocarse a las partes.

En efecto, el artículo 198.4 TRLCSP, tras afirmar que si "el Acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio Acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación", admite también que "cuando no todos los términos estén establecidos en el Acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como

base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del Acuerdo marco".

Y dicha dicción es reproducción casi literal de las previsiones del artículo 32.4 de la Directiva 2004/18/CE, en el que se establece que la adjudicación de contratos basados en Acuerdos Marco celebrados con varios operadores económicos podrá realizarse "o bien, mediante la aplicación de los términos establecidos en el Acuerdo marco, sin convocar a las partes a una nueva licitación; o bien, cuando no todos los términos estén establecidos en el Acuerdo marco, una vez convocadas las partes a nueva licitación tomando como base los mismos términos, precisándolos si fuera necesario, y, si ha lugar, otros indicados en el pliego de condiciones del Acuerdo marco".

Ahora bien, lo cierto es que la propia dicción de los citados preceptos hace colegir que una cosa son los "términos" del contrato y otra los "criterios de adjudicación". En este sentido, no puede obviarse que el artículo 198.4.e) afirma que, en la nueva licitación que en tales casos ha de convocarse para la adjudicación de los contratos derivados, "el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el Acuerdo marco". En el mismo sentido, el artículo 32.4.d) de la meritada Directiva afirma que "los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del Acuerdo marco."

De esta forma, parecería inferirse que, si bien en los Acuerdos Marco suscritos con una pluralidad de empresarios es dable diferir el concreto detalle, precisión o definición de los términos de los contratos a la nueva licitación que, para la adjudicación de los contratos derivados, ha de convocarse, los criterios de adjudicación de éstos han de resultar debidamente detallados en los propios pliegos rectores del Acuerdo marco.

De cuanto antecede se deduce que el principio de transparencia y el de no discriminación exigen que en el Acuerdo marco figuren detallados, según acabamos de indicar, los criterios que hayan de servir para la adjudicación de los contratos basados en él. Ahora bien, esto no puede ser interpretado en el sentido de no permitir una cierta flexibilidad a los órganos de contratación en el momento de precisar las condiciones en que deban ser adjudicados los tales contratos. Así se desprende del "considerando" 11 de la ya citada

Directiva 2004/18/CE cuando señala que "la nueva licitación debe cumplir determinadas normas destinadas a garantizar la necesaria flexibilidad y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato". Flexibilidad que si se admite con respecto de la necesidad de concretar determinadas condiciones del Acuerdo marco para fijar con exactitud el producto a seleccionar en la fase de adjudicación del contrato derivado, necesariamente debe llevarnos a permitir que sobre los criterios detallados en el Acuerdo marco pueda llevarse a cabo también una cierta concreción. Claro está que, en aras de "los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato" a que alude el expositivo 11 de la Directiva citada, los criterios a utilizar en la adjudicación deben estar determinados previamente en el Acuerdo marco, como ya hemos dicho, pero, es propio de la naturaleza de éste, que el órgano de contratación disponga de un cierto margen de discrecionalidad para poder elegir de entre los recogidos en él, aquéllos que sean más adecuados a las características precisadas para los productos a adquirir y atribuirles la ponderación o preferencia que mejor se acomode a la satisfacción de las necesidades que busca cubrir mediante el contrato derivado.

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

Claro está que la elección de qué criterios de adjudicación van a ser utilizados en cada caso y cuál es la ponderación o preferencia que debe atribuirse a cada uno de ellos debe hacerse, en todo caso, con exquisita observancia de las exigencias que derivan del principio de igualdad de trato entre los distintos licitadores. No obstante, es así mismo claro, que la apreciación de si se ha observado o no esta exigencia no puede hacerse más que en el momento en que, de conformidad con lo que prevé el artículo 198.4 del TRLCSP, deben concretarse los términos de la nueva licitación. Y es en este preciso momento, cuando si alguno de los licitadores considerase que se ha producido infracción

del ordenamiento jurídico al precisar tales condiciones, podrá impugnar en los términos previstos legalmente, el establecimiento de las mismas.

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

A tal respecto, conviene tener en cuenta que si la valoración que de las ofertas se hiciera en la fase del Acuerdo marco tuviera en cuenta otros criterios además del precio, los licitadores podrían estar suficientemente orientados en cuanto a los productos a ofertar. Por el contrario, atendiéndose en la fase previa tan solo al precio para la adjudicación y existiendo en el Anexo VII sólo un mínimo de precisión sobre cuáles serán los criterios a aplicar en las adjudicaciones futuras y sobre cuál habrá de ser la ponderación atribuida a cada uno de ellos, resulta especialmente difícil para los licitadores formular sus ofertas. Lo cual, por cierto, resulta perjudicial, no sólo para éstos, sino también para los propios órganos de contratación que, por esta circunstancia, pudieran verse privados de obtener ofertas más ventajosas desde el punto de vista de sus características técnicas o de su precio.

Ello lleva a entender que en base a la necesidad de no discriminar a los licitadores ya desde la fase de Acuerdo marco y del principio de eficiencia debe acogerse parcialmente la alegación hecha a este respecto y declarar la nulidad del Anexo VII en cuanto establece los criterios de adjudicación aplicables a cada uno de los lotes en que se divide el Acuerdo marco y la puntuación máxima atribuible a cada uno de ellos. Tal Anexo deberá redactarse en términos que vinculen a los órganos de contratación que deben adjudicar los contratos derivados en cuanto a los criterios de adjudicación a seleccionar y a la ponderación que debe corresponder a cada uno de ellos de forma que resulte suficientemente orientativa para los posibles licitadores a la hora de formular sus ofertas.”

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.

Duodécimo. Indican en su recurso los recurrentes que el pliego de cláusulas administrativas vulnera el principio de concurrencia en un aspecto muy concreto: en el lote 4, la descripción técnica que se recoge para las tiras hace referencia a la necesidad de que cumplan con el requisito de humedad sin condensación entre el 5 y 90 por ciento. A este respecto declaran todos los recurrentes que solo un producto comercializado por una empresa cumple con este requisito.

El órgano de contratación en su informe afirma que es necesario fijar un rango de humedad sin condensación a los fines objeto del contrato ya que lo que se persigue es la fiabilidad del resultado de la lectura, puesto que la humedad y la condensación pueden alterar el mismo. Además el propio órgano de contratación da otro sentido al requisito exigido: los valores establecidos representan un rango que en ningún caso es excluyente. El citado rango se establece entre el 5 % y el 90% de humedad, por tanto, cualquier empresa que presente valores entre uno y otro cumple dicha característica técnica.

Este no es el sentido que dan los recurrentes al cumplimiento de dicha prescripción técnica ya que de su recurso parece inferirse que consideran que las empresas deben presentar tiras que cumplan lo exigido en todo el intervalo de humedad (no en un punto concreto y determinado o en una parte del intervalo).

Es cierto que de la simple lectura de la prescripción exigida no cabe apreciar sin género de dudas, cuál es el sentido de la misma, esto es, si las tiras tienen que dar o no, resultado idóneo en todo el intervalo o solo en algún punto del intervalo, si bien debe considerarse que las empresas que licitan al presente Acuerdo marco sí deberían de conocer el significado concreto y determinado de lo pedido. Y en este punto hay que dar la razón al órgano de contratación que cuanto menos entiende como sorprendente que

las tres empresas recurrentes y que impugnan por este motivo el pliego (las tres cuyo recurso en cuestión es objeto de la presente resolución) han participado y han sido adjudicatarias en un Acuerdo marco que exige, utilizando idénticos términos, esta característica técnica de las tiras.

En efecto, como demuestra de forma indubitada el órgano de contratación con la documentación que aporta al expediente, las tres empresas han sido adjudicatarias en el Acuerdo marco, procedimiento abierto 09/2012- SUMINISTRO DE TIRAS PARA LA DETERMINACIÓN DE VALORES DE GLUCEMIA EN SANGRE CAPILAR convocado por la Comunidad de Madrid, donde el pliego de prescripciones técnicas recoge las misma característica técnica, con el mismo rango. Además, idéntica cuestión ha sido desestimada recientemente por resolución del Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid de 14 de mayo de 2013.

Por otra parte, los recurrentes consideran que la exigencia de los requisitos técnicos exigidos a las lancetas, uno que es propio de las de bioseguridad y otro que lo contienen las lancetas de uso por el paciente hace que sea imposible suministrar un producto que contenga ambas. Estas cuestiones puramente técnicas y que trascienden lo jurídico parecen responder a una concreta interpretación de las características técnicas que hacen las propias recurrentes y no a la realidad en cuestión. Así, las tres empresas parecen defender que el exigir un sistema de seguridad que permita la retracción de la aguja se está refiriendo a una característica que deben tener las lancetas de uso profesional y no para pacientes, que son las que se ponen a licitación en el presente pliego.

Debemos hacer nuestra la argumentación del órgano de contratación que pone de manifiesto que si se está hablando y licitando lancetas de uso para paciente, el criterio de seguridad exigido se vincula a la necesidad de protección del paciente y del cuidador primario, en el caso de que el paciente no pueda por sí mismo realizar la prueba, y afirma que todas las lancetas que se comercializan en el mercado presentan dispositivos de profundidad regulable, que una vez disparado el mecanismo, la aguja queda protegida por el propio dispositivo disparador y es evidente que hay una total disponibilidad en el mercado con dichas características para uso de pacientes.



Por tanto, como quiera que los recurrentes no han acreditado lo contrario, ni siquiera existe en sus escritos una descripción detallada del por qué afirman que no es posible que las lancetas de uso de pacientes objeto de esta licitación no puedan cumplir las exigencias del pliego en materia de seguridad (más allá de afirmar que se exigen elementos propios de las profesionales) no es posible admitir este concreto motivo de impugnación.

Por último, dos consideraciones que de forma individual realiza en su recurso BAYER HISPANIA, S.L como son que considera inadecuado que una característica técnica que, según el pliego, se requiere como es la detección de error de muestra suficiente, se valore posteriormente en los criterios de adjudicación o que la pila con capacidad mínima para 1000 determinaciones se establezca así ya que la duración de las pilas dependen directamente del uso concreto que se haga del resto de funciones del medidor.

A este respecto destacar que en los criterios de adjudicación del lote 4 que figuran en el anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares lo que realmente es objeto de valoración no es que el lector alerte de que la muestra es insuficiente sino el hecho de que no realice lectura alguna de estas muestras insuficientes, añadiendo un requisito más a la característica técnica exigible que es simplemente que pueda detectar el error. En cuanto a la pila, la capacidad mínima exigible es la que se tiene que tener en cuenta realizando los correspondientes ensayos en condiciones de laboratorio. Como dice el órgano de contratación si el aparato se utiliza además como linterna, la duración de la pila será más limitada pero este es un supuesto que desde el punto de vista del rigor del ensayo para la determinación de la capacidad de la pila no tiene relevancia.

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 los recursos acumulados interpuestos por D. T. G. O. actuando en representación de MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A., D. E. M. R. G., en representación de JOHNSON & JOHNSON, S.A. y D. A. S. C. y D. L. A. M. M. actuando en representación de BAYER HISPANIA, 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. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la 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.