



Recursos nº 1037/2013 y 1039/2013

Resolución nº 182/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de febrero de 2014.

VISTOS los recursos acumulados interpuestos por D.F.S.G., actuando en representación de ALGODONES DEL BAGES, S.A., y D.D.M.R. actuando en representación de LABORATORIOS HARTMANN, S.A., 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 ALGODONES DEL BAGES, S.A.U., 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 1037/2013. Igualmente el 24 de diciembre de 2013, LABORATORIOS HARTMANN, S.A. lo interpuso, siendo asignado el número 1039/2013.



Tercero. 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.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos al resto de interesados, para que realizaran las alegaciones que a su derecho convinieran, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

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 1037/2013 y 1039/2013, por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al referirse a un mismo acto y fundar sus pretensiones sobre argumentos similares.

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 las mercantiles ALGODONES DEL BAGES, S.A. y LABORATORIOS HARTMANN, S.A., 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.

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

- a) Infracción del artículo 87.1 del TRLCSP. El presupuesto base de licitación debe estar basado en el precio general de mercado.
- b) Infracción del artículo 77 del TRLCSP al solicitarse una relación de los principales suministros de los últimos dos años que incluya importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.
- c) Algunos criterios de adjudicación de las licitaciones para adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco respecto de los lotes números, 10 y 11 son erróneos y no son aplicables a los productos objeto de dichos lotes.
- d) Infracción del artículo 206 TRLCSP al omitir el informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado.
- e) Infracción del artículo 150.3 del TRLCSP que en su apartado f) establece que es obligatorio que los productos a adquirir, cuando el precio es el único criterio de adjudicación, estén normalizados.
- f) Infracción del artículo 196.1 del TRLCSP en relación con el artículo 67.5 f) del Real Decreto 198/2001, de 12 de octubre, por la falta de certeza en la determinación del lugar de entrega de los bienes.
- g) Infracción del artículo 292 del TRLCSP al mejorarse la recogida de productos caducados al obligar a la restitución sin cargo de los productos cuyo plazo de caducidad haya expirado.



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

Los dos recurrentes sostienen, en primer término, que se ha producido una infracción del artículo 87.1 del TRLCSP ya que el presupuesto base de licitación debe estar basado en el precio general de mercado y no es esto lo que ocurre respecto de los precios unitarios de los productos objeto de licitación de los lotes 5 a 11. En concreto la mercantil ALGODONES DEL BAGES, S.A.U. dice que sobre esta materia se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en resolución de 28 de septiembre de 2011, afirmando que los datos económicos que consten en el expediente de contratación deben de permitir comprobar que el presupuesto de licitación y por ende que el valor estimado respondan a precios de mercado tal y como exige el TRLCSP. El licitador considera que los precios unitarios máximos de licitación de los lotes 5 a 11 son muy inferiores al precio general o habitual del mercado incluso inferiores a los establecidos en el anterior acuerdo marco convocado por el INGESA. A este respecto compara los precios de los lotes 5, 6,7, 8 y 10 con los precios unitarios de tres contratos suscritos con Entidades Públicas que son contratos que según los datos que aporta la mercantil se adjudicaron algunos en el año 2012 y otros en el 2013. Respecto del lote número 9, cita un contrato y documenta contratos con entidades públicas y privadas respecto del lote número de diez, si bien aquí los contratos se suscriben entre 2010 a 2013.

Por su parte la mercantil LABORATORIOS HARTMANN, S.A., sostiene que diversos organismos en materia de contratación pública han señalado la obligación de que los presupuestos de los contratos públicos partan de una estimación adecuada de las condiciones en que las prestaciones contractuales pretendidas se vienen prestando en el mercado y así cita como ejemplo para acreditar que los importes unitarios del lote 5 son superiores al precio del mercado, los correspondientes al último acuerdo marco convocado por la de la Generalitat Valenciana (Expediente 179/2012).

El órgano de contratación en su informe establece que para los precios de adquisición se han tenido en cuenta los actuales contratos del Servicio de Salud y como muestra, adjunta un cuadro de precios de compra en la actualidad, facilitados por alguno de los órganos de contratación respecto de los productos comprendidos en los lotes a los que se refieren los recurrentes.



Igualmente reconoce que en los lotes 8 y 9 el precio de contratación es ligeramente inferior a los precios actuales de compra, pero argumenta que en ellos se ha tenido en cuenta también, el volumen de compra a realizar y que justifica un mínimo descuento, respecto a los precios actuales.

Para examinar esta cuestión hay que tener en cuenta que como se reconoce en la resolución de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 83/2013: “Al fijar el presupuesto de un contrato hay que partir de los principios de eficiencia y de los objetivos de estabilidad presupuestaria y control de gasto. Así lo establece el artículo 1 del TRLCSP”.

Partiendo de estas premisas hay que llamar la atención sobre los siguientes aspectos que concurren en las alegaciones de los recurrentes:

- Los recurrentes a efectos de acreditar que el precio unitario máximo establecido por el órgano de contratación para algunos lotes no se corresponde con el precio de mercado, se refieren en la mayor parte de los supuestos a licitaciones de Comunidades Autónomas por separado.
- Que algunos de los ejemplos que enumeran responden a procedimientos anteriores en el tiempo en más de dos años (incluso de 2010 y 2011).

Frente a ello el órgano de contratación acredita que determinados precios unitarios de servicios vigentes son iguales o inferiores a los determinados para los lotes en el pliego de cláusulas administrativas. Sólo en dos supuestos el precio del actual proceso o de la actual convocatoria son superiores y alega que puede haber economías de escala al licitarse mayor número de productos.

Debe citarse que en la resolución 132/2013 de 5 de abril este Tribunal mantiene que:” *De acuerdo con este objetivo de control del gasto hay que interpretar el artículo 87 del TRLCSP cuando indica que “Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”. Como se indicaba en una anterior Resolución de este Tribunal (la*



número 185/2012, de 6 de septiembre), "no se impone a la Administración un <suelo> consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que lejos de encontramos con un <suelo> nos encontramos con un <techo> indicativo.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 9/97 de 20 de marzo de 1997, considera que "la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del... Convenio Colectivo...".

El órgano de contratación alega, en el informe emitido con arreglo al artículo 42.6 TRLCSP, que el valor estimado en cada caso señalado (recogido en el Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) se ha fijado con atención a los precios de adquisición facilitados por las distintas Administraciones o Servicios de Salud que participan en el Acuerdo Marco, detallando sus respectivos valores. La muestra así ofrecida es indudablemente más amplia que la facilitada por JOHNSON & JOHNSON S.A. (que basa su alegato únicamente en el examen del valor estimado, que no del valor de adjudicación, de cuatro licitaciones de otras tantas Comunidades Autónomas) o por la propia FENIN.

Es cierto, indudablemente, que los valores estimados señalados para la presente licitación se ubican muy significadamente en el umbral inferior de los respectivos rangos y, en muchos casos, corresponden o rondan el más bajo de los facilitados por las Administraciones partícipes. Sin embargo, no puede dudarse de que el propio hecho de que hayan existido licitaciones por dichos importes es prueba patente, por la incontestable concurrencia de oferta y demanda, de que dicho valor es un valor de mercado y está dotado de racionalidad económica.

Por otro lado, no puede obviarse que dicho recurso a los valores extremos del umbral inferior del intervalo de precios remitidos por las Comunidades Autónomas partícipes es aún más lógico y comprensible si se atiende al hecho de que el uso de la figura del Acuerdo Marco



garantiza a los empresarios seleccionados el acceso a unas compras masivas que pueden propiciar importantes descuentos. En este sentido, no puede dejar de resaltarse que buena parte de los valores elegidos corresponden a los precios de adjudicación en Ciudades Autónomas o Comunidades Autónomas con un menor volumen de población (así ocurre señaladamente en los lotes 2 y 9 -La Rioja-, 5 -Melilla-) en los que, lógicamente, no habrán podido por ello aplicarse economías de escala en idéntica proporción a la que facultará el presente Acuerdo Marco.

Dicha elección es, por otro lado, congruente con la finalidad perseguida por el Acuerdo Marco. Tal y como hemos señalado en nuestra Resolución 148/2012 "el objetivo perseguido al utilizar este mecanismo es el de homogeneizar las condiciones a que han de ajustarse los contratos derivados, lo que es plenamente congruente con lo establecido en el citado artículo (196 TRLCSP): "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". (...) Esos dos objetivos (homogeneizar y simplificar la contratación) justifican la utilización del acuerdo marco como instrumento para la contratación (...).

Ahora bien, como señala la Comisión Nacional de la Competencia en su "Guía sobre Contratación Pública y Competencia" a la que hace referencia la recurrente, quien se queda fuera del acuerdo marco se queda también fuera de los contratos derivados, por lo que su utilización puede ir asociada a la creación de barreras de entrada frente a los operadores que no forman parte del acuerdo. De ahí que, en el mismo artículo 196.1 señalado, se establece la cautela de que se puede acudir a la fórmula de acuerdos marco siempre que "no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se ve obstaculizada, restringida o falseada".

A estas cautelas añadíamos que "Sin embargo, las anteriores manifestaciones vienen a poner de manifiesto que desde el punto de vista de una cierta concepción del interés público, el de la eficacia gestora, la utilización del acuerdo marco resulta conveniente. No obstante, ya hemos tenido ocasión de declarar junto con un buen sector de la doctrina que la idea rectora de la contratación pública no reside, de conformidad con los postulados que subyacen en la legislación de la Unión Europea, en la idea del interés público por sí sola sino también en los principios de concurrencia, igualdad de trato y transparencia. No debe,



sin embargo, interpretarse esta afirmación en el sentido de que el interés público como tal ya no se contempla en la regulación de nuestro ordenamiento jurídico sobre la contratación pública, sino más bien como una aseveración de que el acento de la regulación se pone fundamentalmente en los mencionados principios, en la medida en que también son manifestaciones del interés público, lo que debe traducirse en que si se produjera contradicción entre cualquiera de ellos y la contemplación del interés público desde otros ámbitos, deben primar aquéllos sobre ésta última."

Y concluíamos: *"La salvaguarda de la libre competencia, como señala el artículo 1 del TRLCSP, es un principio inspirador de la contratación pública y está presente de forma indirecta en los de libertad de acceso, publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. Pero también están entre esos principios, como señala el mismo artículo, el de "asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios..."*

Pues bien, es indudable que la opción adoptada por el órgano de contratación en la fijación del valor estimado es absolutamente racional tanto desde el punto de vista económico como el de la debida consecución de los meritados objetivos de control de gasto, estabilidad presupuestaria y optimización de recursos, sin que quepa apreciar, por las razones antes expuestas, que con ello haya introducido indebidas y desproporcionadas restricciones a la libre competencia.

Debe por ello concluirse, en la pertinente desestimación en este punto de la pretensión de las actoras."

Por tanto dado que la muestra de precios de licitación y adjudicación de determinados contratos dada por los recurrentes es inferior o a lo sumo igual que la del órgano de contratación, que en algunas ocasiones se refieren a procesos que datan de etapas anteriores y distanciadas en el tiempo y que el argumento de que las compras a las que se accede en el presente procedimiento son significativamente mayores a las que se corresponden con los procesos convocados por y para una sola Comunidad Autónoma debe concluirse que los precios unitarios fijados por el órgano de contratación en los lotes 5 a



9, parecen coincidir con los precios de mercado y por tanto deben desestimarse los recursos en cuanto a este alegato se refiere, al no ser suficiente la prueba en contrario presentada por los recurrentes.

Séptimo. El segundo alegato, esta vez de la mercantil ALGODONES DEL BAGES, S.A., hace referencia a que se ha solicitado una relación de suministros similares de los últimos dos años cuando el artículo 77 a) del TRLCSP habla de relación durante los últimos tres años. De esta forma queda acreditado que el pliego de cláusulas administrativas particulares establece una exigencia de solvencia superior a la prevista legalmente restringiendo el acceso a empresas interesadas en la licitación, en vulneración del principio de concurrencia que debe regir la contratación pública.

El órgano de contratación en su informe alega que nunca ha considerado que la limitación a dos años pudiera distorsionar la competencia, sino que el objeto de establecer este periodo temporal fue para adaptar la solvencia de forma coherente a la duración del acuerdo marco (dos años).

Pues bien hay que tener en cuenta que conforme al artículo 62 del TRLCSP:

«1. Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional y técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo».

Del citado artículo se pueden extraer las condiciones a las que han de sujetarse los medios y criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; que sean determinados; que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, es decir que sean proporcionales; que se encuentren entre los establecidos en la Ley; y, además -como consecuencia lógica de

los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública-, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios.

No hay que olvidar que a la hora de determinar la forma de acreditar la solvencia técnica de los licitadores, los órganos de contratación deben seleccionar uno o varios de los medios establecidos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP pudiendo optar por uno, varios o todos de los que se especifican en dichos artículos. Pero además necesariamente en los pliegos y en el anuncio se debe determinar las condiciones mínimas que deban alcanzar los licitadores en cada medio seleccionado así como el instrumento concreto exigido para la acreditación.

Pues bien entre estos medios, el artículo 77 se refiere a la solvencia técnica de los contratos de suministro haciendo referencia expresa en la letra a) a: *“Una relación de los principales suministros efectuados durante los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados.....”*.

Por su parte la cláusula 2.8.1.11 del pliego de cláusulas administrativas particulares dispone en cuanto a la solvencia técnica exigida *“Una relación de los principales suministros efectuados durante los últimos dos años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados....”*

El valor global de estos contratos deberá ser para cada uno de los lotes en los que participe, igual o superior al de su presupuesto de licitación (impuestos excluidos).”

Por tanto el pliego aparte de determinar el medio de solvencia, que no es otro que la relación de suministros a la que se refiere la letra a) del artículo 77 del TRLCSP, la exige de manera diferente al tenor literal establecido en el precepto, refiriéndose a los principales suministros de los últimos dos años en vez de tres. En base a ello, debe examinarse si efectivamente esa limitación en cuanto al medio “suministros de los últimos dos años” en vez de tres, es contraria a la ley o, en su caso, vulnera o restringe la competencia.

Atendiendo a un criterio literal de interpretación de las normas, criterio al que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil al indicar que las normas se interpretarán según el sentido

propio de las palabras, no hay duda de que el TRLCSP, en todos los artículos referidos a las solvencia técnica a exigir a los licitadores en los contratos, impone al órgano de contratación utilizar los medios a los que se refiere atendiendo a la naturaleza de cada contrato. Esto es el órgano de contratación tiene libertad para elegir uno o varios medios, pero siempre de entre los enumerados en los artículos 76, 77 y 78, según se trate de contratos de obras, suministro o servicios, respectivamente. Solo en el caso de contratos diferentes a los anteriores, la Ley amplía los medios, permitiendo al órgano de contratación utilizar cualesquiera de los enumerados en los preceptos indicados.

Y debe concluirse que si el TRLCSP no permite utilizar medios diferentes a los enumerados en cada precepto para cada contrato, tampoco debe permitir la modulación por parte del órgano de contratación del medio en sí mismo considerado. Esto es el órgano de contratación con objeto de que la solvencia exigida se adapte proporcionalmente al contrato y a su complejidad y volumen, puede elegir el medio, puede decidir si utiliza uno o varios de los enumerados en la disposición legal y determinar las condiciones concretas y mínimas a exigir a los licitadores en relación con el mismo. Pero lo que no parece posible es que para acreditar la solvencia requiera un medio distinto a los regulados, entendiendo que es distinto aquel que contempla cualquier variación que afecte a la manera en que este conceptuado en la disposición legal. Así este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en recursos anteriores como es en el caso de la resolución 6/2011 de 9 de marzo o la resolución 241/2012 en la que expresamente se dispone lo siguiente: “..... Pues bien, a juicio de este Tribunal, el sistema elegido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica no se ajusta a lo dispuesto ni en el TRLCSP, ni en la normativa comunitaria que debe servir de referencia para su interpretación. Discrepamos, pues, del razonamiento del órgano de contratación cuando sostiene en su informe que el tenor del artículo 78 a) TRLCSP concede *“la facultad de acudir el órgano de contratación a trabajos públicos o privados de las empresas para acreditar la solvencia técnica o profesional”*, y ello porque lo que hace el referido precepto, cuando emplea la conjunción disyuntiva “o”, es más bien lo contrario: permitir que el licitador pueda acreditar esa experiencia previa con trabajos en el sector público o privado. Así resulta del propio tenor literal del precepto, en el que se lee:

"En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente."

El medio de acreditar la solvencia es la relación de los servicios o trabajos realizados en los tres últimos años, a la que hay que acompañar la mención de su importe, fecha y destinatario, que puede ser público o privado. El precepto, pues, debe leerse desde la perspectiva del licitador que debe acreditar su solvencia, y que puede esgrimir la realización de trabajos en el sector público o en el privado. Se aprecia así, en suma, que la interpretación mantenida por el órgano de contratación no es respetuosa con lo dispuesto en el artículo parcialmente transcrito".

Por último debe considerarse que el argumento del órgano de contratación en defensa de la limitación de plazo en cuanto a que es coherente con la duración del acuerdo marco de dos años no es admisible, dado que lo que se está exigiendo al licitador es que aporte una relación de los principales suministros de objeto similar y cuya cuantía global deberá ser para cada uno de los lotes en los que participe, igual o superior al de su presupuesto de licitación (impuestos excluidos), pudiendo derivar estos suministros de un acuerdo marco de dicha duración o de otros de una duración superior o inferior o incluirse en la relación, contratos de suministro que no sean fruto de esa técnica de racionalización de la contratación o contener una suma de todos ellos.

Por todo lo expuesto se concluye que la limitación de dos años exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares es contraria al TRLCSP, por cuanto implica la

utilización de un medio para acreditar la solvencia técnica distinto al recogido en el artículo 77.a) del mismo, produciendo una restricción de la concurrencia, debiendo anularse la cláusula 2.8.1.11 del Pliego de cláusulas Administrativas Particulares que rige el acuerdo marco.

Octavo. La recurrente ALGODONES DEL BAGES, S.A. alega en su recurso que algunos criterios de adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco son erróneos y no aplicables a determinados productos. En concreto se refiere a los productos sanitarios correspondiente a los lotes 10 y 11: "Salvacamas celulosa 40 x 60 cm desechable" y: "Salvacamas celulosa 60x90 cm desechable (CPV: 33140000-3; CPA: 32.50)". A este respecto considera que dichos productos son protectores absorbentes desechables destinados a difundir y absorber la orina, aislando la piel de la humedad, reduciendo el riesgo de ulceraciones, irritaciones, dermatitis del pañal, etc. Es importante destacar que los protectores absorbentes se utilizan desplegándolos encima de la cama en la que se encuentra el paciente sin que, a diferencia de los pañales o absorbentes, se cierren alrededor de la cintura del usuario. En pocas palabras: los pañales se ponen y se llevan puestos; los protectores no se llevan puestos, el usuario se tumba encima. Continúa diciendo que el Anexo VII del PCAP establece, entre otros, como criterios de adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco respecto de los lotes números 10 y 11, las "*barreras antiescape*" e "*indicador de humedad*" que según la compañía no son aplicables a este tipo de productos ya que a su entender las "*barreras antiescape*" sólo se utilizan en pañales o absorbentes, pues su función es evitar las fugas de orina a través de la entrepierna del usuario. En un protector absorbente esta característica carece de sentido, pues el producto se coloca en la cama del usuario totalmente desplegado sin que, en dicha situación, una barrera tenga ninguna función posible. Por esta circunstancia, y según nuestro mejor conocimiento del mercado, no se comercializa absolutamente ningún protector absorbente en el mercado con barreras antiescape.

En cuanto al, "*indicador de humedad*" considera que sólo tiene sentido en pañales o absorbentes, pues su función es conocer si el pañal está saturado de orina sin tener que quitar el pañal al usuario. En el caso de los protectores absorbentes, que se utilizan totalmente desplegados en la cama, un indicador de esta naturaleza es innecesario pues la saturación de orina del producto se puede conocer a simple vista.

En este caso parece suficiente el alegato que realiza el órgano de contratación respecto de la relación que guardan estos requisitos con el producto “salvacamas” tanto porque ahonda en la finalidad de los mismos, como porque, como luego veremos, recoge una muestra de descripciones sobre ellos que se encuentra en el mercado, rebatiendo así la afirmación del recurrente.

Como dice el órgano de contratación la función del salvacamas y de los pañales es la misma aunque respondan a una utilización distinta y esa función deriva de la propia definición que hace el recurrente al considerar que las salvacamas, son protectores absorbentes destinados a difundir y absorber la orina aislando la piel de la humedad, reduciendo el riesgo de ulceraciones e infecciones.

Parece lógico pensar que se pueda admitir como criterio de adjudicación, objeto de puntuación, que el salvacamas esté diseñado para impedir vertidos por los costados y por tanto que la humedad manche las sábanas y colchón. Lo mismo cabe decir del indicador de humedad que puede tener una función de prevención sin que necesariamente haya que esperar a que la saturación de orina se vea a simple vista sino que el indicador cumple con la función de promediar cuando deba realizarse el cambio.

En todo caso el pliego de cláusulas administrativas particulares no exige dichos requisitos como características técnicas del producto, por lo que nada impide que existan productos en el mercado, con o sin ellos. En efecto son considerados criterios de adjudicación valorados respectivamente con cinco y tres puntos sobre 100 y sobre 35 dentro de los criterios objetivos técnicos.

Además el órgano de contratación presenta dos publicaciones comerciales en las que se dice lo siguiente:

-“Protector o salvacamas que actúa como barrera impermeable entre el paciente y la superficie de apoyo, de color malva que lo diferencia notoriamente de los textiles clínicos estándar (blancos o verdes) para facilitar su colocación y desecho, y textura rugosa que lo hace antideslizante.

Uso sanitario como absorbente eventual de incontinencia urinaria con contacto directo con el paciente o bien como protector en el resto de los casos.

Descripción:

Construido con pulpa de celulosa absorbente, homogéneamente distribuida y gofrada, con acanaladuras romboidales que facilitan la dispersión de líquidos y absorción de los mismos. La pulpa queda en el interior de dos láminas o capas, una de tejido no tejido suave, absorbente y transpirable, en la parte de contacto con la piel del paciente, y otra de polietileno totalmente impermeable muy resistente. Ambos materiales están sellados en un pliegue para evitar que haya vertido hacia los costados. Características Gramaje mínimo de 165 g/m2.”

-O en otra: “Especialmente indicado en procesos de incontinencia urinaria. Protege la piel de las micciones, debido a su alta capacidad de absorción (2,5 litros /m2) y a su primera capa de tejido de rejilla que permite la inmediata penetración de los fluidos desplazando la humedad al interior del sandwich. Impide manchar sábanas, colchón o sillas de ruedas. TEJIDO ACOLCHADO ESPECIAL 3 CAPAS. COMPOSICIÓN:

Cara superior: 100% poliéster. Tejido de punto malla indesmallable (195 gramos / m2) con tratamiento antibacterias, antiácaros, antihongos, anti mal olor.

Guata interior: 20% Poliéster, 80% polipropileno especial de alta absorción (300gr / m2).

Cara inferior: Resistente PVC impermeable.”

Y es que como afirma el propio recurrente en otra alegación respecto de que ni los pañales ni los absorbentes son productos normalizados en el mercado hay una gran variedad de productos con características muy diferentes. Aunque parezcan productos sencillos, la tecnología de los absorbentes o pañales es compleja, y está en continua evolución, como prueban las cientos de patentes de invención y modelos de utilidad que se publican en el mundo cada año, por la que dichas alegaciones no pueden prosperar, ya que se acredita que tanto las barreras antiescape como el indicador de humedad cumplen con una función concreta y determinada y pueden ser elementos de estos productos mejorándolos así como su inclusión ser susceptible de valoración como criterio de adjudicación de los contratos derivados.

Noveno. El siguiente alegato de uno de los recurrentes ALGODONES BAGES, S.A se refiere a la supuesta infracción del artículo 206 TRLCSP al omitir el informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

El artículo del 206.4 TRLCSP establece que:

*"La conclusión por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales de acuerdos marco que tengan por objeto bienes, servicios u obras no declarados de contratación centralizada **requerirá el informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que deberá obtenerse antes de iniciar el procedimiento para su adjudicación, cuando esos bienes, servicios u obras se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas en el referido ámbito. Igualmente, será necesario el previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado para la celebración de acuerdos marco que afecten a más de un Departamento ministerial, Organismo Autónomo o entidad de las mencionadas en este apartado**".*

En concreto lo que considera ALGODONES DEL BAGES, S.A. es que es insuficiente que quede acreditado la existencia del informe por su referencia al mismo en un informe elaborado ad hoc por el INGESA y en ese sentido parece no estar de acuerdo con la resolución 132/2013 de este Tribunal que resolvió en un recurso similar contra el anterior acuerdo marco sobre la misma materia convocado por INGESA,

Este alegato no puede prosperar. Como dice la resolución indicada 132/2013, aún no constando expresamente los informes, el principio general de que los datos que constan en un documento administrativo son ciertos salvo prueba en contrario tal y como se establece expresamente en el artículo 317.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil confiere al contenido de un acto administrativo una presunción de certeza que no puede destruirse invocando exclusivamente que las declaraciones del órgano de contratación no tienen más valor que una alegación de parte, negando las prerrogativas de la Administración Pública y el carácter de los actos administrativos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Décimo.- ALGODONES DEL BAGES, S.A. cree que se ha producido una infracción del artículo 150.3 del TRLSCP que en su apartado f) establece que es obligatorio que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados.

Según el recurrente existen dos productos, “los absorbentes de incontinencia” y “los protectores absorbentes” que no son productos “normalizados”. A este respecto considera que no son como los “tornillos”, que cuentan con un estándar ya que aunque compartan características comunes, y los distintos fabricantes empleen tallas más o menos homogéneas (asociadas a determinadas dimensiones y capacidades de absorción comunes), dichos productos no han sido “normalizados” en modo alguno, existiendo en el mercado una gran variedad de productos con características muy diferentes. Aunque parezcan productos sencillos, la tecnología de los absorbentes o pañales es compleja, y está en continua evolución, como prueban las cientos de patentes de invención y modelos de utilidad que se publican en el mundo cada año. Aspectos como los materiales empleados (tejidos no tejidos de distintas especificaciones, propiedades y gramajes); estructuras de núcleo diferentes; diferentes configuraciones de elementos como barreras antiescape o dispositivos de sujeción o cierres; uso de elementos elásticos (en entrepierna, en partes posterior y anterior, en las barreras, etc.); el empleo de materiales superabsorbentes novedosos; elementos adicionales como neutralizadores de olor, indicadores de humedad, impregnación de los productos con sustancias dermoprotectoras, etc. distinguen unos productos de otros y muestran la gran variedad de productos diferentes que se pueden encontrar en el mercado.

Sobre esta cuestión también tuvo ocasión de pronunciarse ese Tribunal Administrativo con ocasión del recurso especial interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra el anterior acuerdo marco sobre la misma materia convocado por el INGESA. En aquella ocasión, el Tribunal desestimó el alegato de los recurrentes al entender (fundamento jurídico sexto de la resolución de fecha 05.04.2013) que:

[...] En lo que se refiere al primer inciso, es de recordar que el verbo "normalizar", de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, tiene tres acepciones, que significan, respectivamente, regularizar o poner en orden lo que no lo estaba; hacer que algo se establezca en la normalidad y tipificar, entendiendo por tal ajustar a un tipo o norma. De estas tres acepciones, sólo la última es de utilidad a los efectos que nos ocupan. Las recurrentes afirman que no cabe entender que los bienes objeto de los lotes 4 y 5 sean productos

normalizados, en tanto no han sido objeto del procedimiento especial de adopción de tipo previsto en el artículo 206.3.b) TRLCSP. Sin embargo, con ello apuntan una interpretación en extremo restrictiva de la expresión del artículo 150.3.f), que excluiría la aplicación de un único criterio de valoración a todos aquéllos contratos de suministro que no fueran objeto de contratación centralizada. Por su parte, el órgano de contratación sostiene que los tales productos están perfectamente definidos "a través de las especificaciones técnicas consensuadas para el Sistema Nacional de Salud por los órganos de contratación y plasmadas en el punto 2.3 del pliego de prescripciones técnicas" y que, con ello, se da el supuesto del artículo 150.3.f).

Ciertamente, en el citado punto del Pliego de Prescripciones Técnicas se contiene una detallada descripción de las características técnicas de cada uno de los productos integrantes de los lotes 4 y 5, que son aquellos en los que se centra la controversia, lo suficientemente exhaustiva y detallada como para tenerlos por perfectamente definidos, en términos que permiten entender que han sido ajustados a un tipo (término cuya primera acepción en el referido Diccionario es, por cierto, "modelo, ejemplar", siendo "modelo" definido como "arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo") y, como tales, "normalizados", en la tercera de las acepciones antes expuestas, a los efectos del meritado artículo 150.3.f. Debe, por ello concluirse, que la aplicación de un único criterio de adjudicación prevista en la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares resulta conforme a lo previsto en el artículo 150.3.f) TRLCSP, aplicable por remisión del artículo 197 del mismo texto legal. De igual modo, y por idénticos fundamentos, debería desestimarse el alegato de la también recurrente FENIN en lo que concierne a la previsión del Anexo VII del citado Pliego, que cuestiona en tanto permite igualmente que la adjudicación de los contratos derivados pueda verificarse con aplicación del precio como único criterio de adjudicación, sin perjuicio de lo que, con mayor alcance, se dirá sobre dicho Anexo VII en el fundamento jurídico noveno de esta resolución".

Entendemos de acuerdo con el espíritu de la norma y la interpretación que sobre la misma realiza este Tribunal, que no es posible dar un sentido tan restrictivo al término normalizar como para que solo pueda admitirse suministros con arreglo al precio, respecto de productos normalizados o cumplidores del estándar que fija una norma que es lo que dice el recurrente.

Y es que atendiendo a la finalidad del precepto, parece que lo que se pretende es que para aplicar el precio como único criterio de adjudicación, los productos cumplan todos con iguales características técnicas exigidas por el órgano de contratación, las cuales deben estar suficientemente detalladas como para que el objeto del contrato sea homogéneo y se le puede aplicar el precio como único elemento diferenciador para adjudicar al licitador que presente la oferta más ventajosa.

En este sentido y con independencia de que en el mercado haya múltiples elementos diferenciadores del producto, si lo esencial está definido con todo detalle y descripción como ocurre en este caso en el pliego de prescripciones técnicas, de tal suerte que permite su configuración como “único” o “arquetipo”, es suficiente.

Undécimo. Ambos recurrentes alegan que falta en los pliegos de cláusulas administrativas la concreción sobre el lugar de entrega de los bienes lo que puede vulnerar el ordenamiento jurídico y dejar abierto un elemento fundamental del contrato (por la naturaleza de la prestación que se pretende licitar) e impedir que su posterior regulación en las licitaciones derivadas tenga impacto económico a favor del licitador. Semejante proceder, a juicio del recurrente, resulta absolutamente abusivo.

La cláusula 4.3.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares prevé que:

"4.3.1 La entrega de los bienes se realizará mediante el suministro, una vez formalizados los respectivos contratos derivados, a los puntos de recepción que se indiquen por las entidades participantes, con cargo a las empresas adjudicataria, de acuerdo con lo que se establezca en los citados contratos".

De acuerdo con lo expresado, la concreción de estos extremos sería una de las cuestiones que de acuerdo con lo previsto en el artículo 198.4 del TRLCSP puede ser objeto de concreción en la fase de adjudicación del contrato.

Sobre este punto hay que traer a colación lo dispuesto en la resolución de 132/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que a este respecto ha venido a sentar la siguiente doctrina:

“Sostiene, a continuación la mercantil BAYER HISPANIA S.L. (y, en términos similares, FENIN) que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de aplicación incurre en infracción del artículo 196.1 TRLCSP, así como del principio de transparencia que ha de regir la contratación del sector público, en tanto no detalla cual es el lugar de entrega de los bienes objeto de suministro, difiriendo a la ulterior licitación de los contratos derivados tal detalle, según se infiere de las cláusulas 3.1.5, 4.2.1.b) y 4.3.1.

Es cierto, en efecto, que la cláusula 4.2.1.b), al tratar de la nueva licitación que ha de preceder a la adjudicación de los contratos derivados, establece que, en el "sencillo protocolo" que a tal fin ha de elaborarse, se detallarán "los plazos y lugar de entrega y todas aquéllas condiciones que se consideren necesarios".

Sin embargo, lo cierto es que no existe previsión legal alguna que haga exigible que tales extremos se expliciten necesariamente en los Pliegos rectores del Acuerdo Marco e impida, por ello, que se precisen con ocasión de la licitación de los contratos derivados. En este sentido, debe destacarse que la definición resultante del artículo 1.5 de la Directiva 2004/18/CE es expresiva al afirmar que su "objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un periodo determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas". Como puede comprobarse, de la citada definición se infiere que el único particular de prioritaria precisión (que no inexcusable, como luego se dirá) es el relativo al precio aplicable. Y si bien es cierto que, tal y como alega la actora, el lugar de entrega es una cuestión que puede tener incidencia en el precio ofertado, ello no es argumento bastante para hacer exigible su mención, pues no menor incidencia cabe atribuir a las cantidades previstas y, sin embargo, la propia dicción de la Directiva la hace excusable.

Más aún, como ya se ha anticipado, ni siquiera el precio es de obligada e inexcusable precisión, con carácter general, en los pliegos de cláusulas o condiciones de los Acuerdos Marco. Así lo ha aclarado la Nota explicativa de los Acuerdos Marco de la Comisión Europea (Documento CC 2005/03 de 14 de julio de 2005). En efecto, en el epígrafe 2.2 de dicha nota (ha de hacerse notar que el texto ahora transcrito es traducción libre de la versión inglesa¹, al no constar una versión oficial en lengua española), tras recordar que la Directiva no exige que ciertos términos de los contratos sean establecidos desde el principio en el Acuerdo Marco propiamente dicho, añade con especial énfasis que ello es

así incluso por lo que concierne al precio, argumentando que, por mucho que la definición del artículo 1.5 antes citada pudiera inducir a pensar de otro modo, así se infiere del segundo párrafo del artículo 54.2.

Sentado lo anterior, cabe indicar que tanto el artículo 32.4 de la Directiva 2004/18/CE como el artículo 198.4 TRLCSP admiten, implícitamente, que, en los Acuerdos Marco celebrados con varios empresarios u operadores económicos, no todos los términos de los contratos derivados estén predeterminados y establecidos en el propio Acuerdo Marco, pudiendo precisarse en la nueva licitación a la que ha de convocarse a las partes.

Tal sería el caso en el supuesto analizado. En efecto, como se ha dicho con anterioridad, la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares parte de la existencia de una pluralidad (con un mínimo, en lo posible, de cuatro) de empresas seleccionadas para cada lote en el Acuerdo Marco, lo que faculta la entrada en juego del citado artículo 198.4 TRLCSP. Por otro lado, la cláusula 4.2.1 establece que, en todo caso, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, detallándose en el "sencillo protocolo" a que alude la cláusula 4.2.1.b), como ya se ha dicho, *"los plazos y lugar de entrega y todas aquéllas condiciones que se consideren necesarios"*.

Debe por ello concluirse que la previsión impugnada no incurre en infracción de la disciplina aplicable. Y, desde otra perspectiva, no puede dejar de señalarse que el Acuerdo Marco que nos ocupa encuentra amparo en la previsión del apartado 2 de la Disposición Adicional Vigésimo Octava del TRLCSP, en la que se establece que *"los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco de los previstos en el artículo 196, con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios 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"*.

Siendo ese el caso y partiendo, por tanto, del hecho de que el Acuerdo Marco analizado tiene por objeto establecer los términos para el suministro no sólo a la Administración General del Estado sino también a once Comunidades Autónomas y dos Ciudades Autónomas, se hace evidente que la eventual designación de un único lugar de entrega en el Pliego de referencia devendría manifiestamente ilógica, debiendo reputarse perfectamente acomodada (sin comportar, como se ha dicho, infracción de la disciplina aplicable) a la naturaleza del Acuerdo el diferimiento de tal precisión a cada una de las licitaciones en que han de instrumentarse los contratos de él derivados”.

Debe por ello desestimarse el alegato así formulado.

Duodécimo. Ambos licitadores afirman que lo criterios de adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco se establecen de forma ambigua e imprecisa.

ALGODONES DEL BAGES S.A. se refiere exclusivamente a “la integridad de los medios absorbentes hasta fin de uso demostrable” y a “las barreras antiescape con efectividad hasta fin de uso demostrable” que según su carácter, implican un ejercicio de discrecionalidad y subjetividad, pues no existen herramientas para realizar mediciones mínimamente objetivas.

Igualmente la recurrente LABORATORIOS HARTMANN, S.A. añade el “neutralizante de olor incorporado” alegando que a pesar de que el Pliego de cláusulas administrativas particulares indica expresamente que todos los valores de los test deberán ser certificados por laboratorios acreditados, consideran imposible cumplir con esta exigencia ya que no existe método o estándar normalizado para la evacuación de los anteriores parámetros. Incluso alude el segundo de ellos LABORATORIOS HARTMANN, S.A, haber contactado con varios laboratorios.

LABORATORIOS HARTMANN, S.A considera que no se cumple el requisito de que se sustenten en parámetros objetivos los siguientes criterios: “Elongación a la rotura antes del desgaste”, “el grosor dedo corazón y palma”, “la fuerza a la rotura antes del desgaste”(criterios comunes al lote tres) o la “ impermeabilidad” y “ resistencia a la tracción“ (criterios referidos al lote dos) sin que se precise de qué modo o con arreglo a qué procedimiento, mecanismo van a evaluarse esos criterios.

Atendiendo a la doctrina de la continuamente citada resolución 132/2013 de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resulta que lo importante es que el acuerdo marco aparte del precio establezca con una cierta precisión cuáles son los criterios a aplicar en las adjudicaciones futuras y la ponderación atribuida a cada uno de ellos, para que no resulte especialmente complicado a 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.

Dicho esto debe entenderse que el 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 está redactado en términos lo suficientemente concretos como para vincular a los órganos de contratación que deben adjudicar los contratos derivados en cuanto a los criterios de adjudicación y a la ponderación señalada en aquel.

A la luz de esta doctrina, los criterios que para la selección de los contratos derivados del acuerdo marco se establecen en el anexo VIII 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.

En concreto y por lo que respecta a todos los lotes a los 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.

Pues bien de todos los criterios técnicos a los que alude el recurrente LABORATORIOS HARTMANN, S.A se concreta claramente el criterio a valorar y su ponderación. Así respecto de la “Elongación a la rotura antes del desgaste” el anexo establece que se otorgara la máxima puntuación a la oferta de mayor rango puntuándose por encima de 400% de

forma proporcional a los valores acreditados. Respecto del “el grosor dedo corazón y palma”, indica que se otorgará la máxima puntuación de cinco puntos a la oferta que acredite un grosor de dedo corazón superior a 0,09 mm, puntuándose de forma proporcional a los valores acreditados. En cuanto a “la fuerza a la rotura antes del desgaste” se señala que se otorgará la máxima puntuación a la oferta de mayor rango puntuándose por encima de los 3,6 Nw de forma proporcional a los valores acreditados. En cuanto a los criterios referidos al lote dos, la “impermeabilidad” y “resistencia a la tracción “, igualmente se indica respecto del primero que se otorgará la máxima puntuación a la oferta de mayor rango puntuándose por debajo de 1,5 AQL de forma proporcional a los valores acreditados y respecto de la segunda que otorgará la máxima puntuación a la oferta de mayor rango puntuándose por encima de los 24 MPA proporcional a los valores acreditados.

Otra de las cuestiones que se plantea el mismo recurrente es en relación con el método de acreditación del cumplimiento de determinados criterios técnicos. El pliego prevé que todos los valores deberán ser certificados por laboratorios acreditados por la norma ISO 17025 y en castellano. En este sentido el órgano de contratación determina que esta es una norma internacional en la que se establecen los requisitos que deben cumplir los laboratorios de ensayo y calibración que en España fue publicada en julio de 2000 como la UNE-EN ISO/IEC 17025 siendo una traducción de la norma europea [UNE, 2000], de la cual se desprenden los criterios para la certificación de los laboratorios, establecidos por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC).

En definitiva lo que se pretende es que los valores sean comprobados mediante ensayos por laboratorios que ofrezcan garantías al respecto (mediante el sometimiento a la norma ISO correspondiente). El estándar que se exige al laboratorio acreditador para la realización de los ensayos correspondientes, es la norma ISO 17025.

En cuanto a “la integridad de los medios absorbentes hasta fin de uso demostrable” y “las barreras antiescape con efectividad hasta fin de uso demostrable” no pueden considerarse como criterios arbitrarios porque o se tienen o no (confirmándose la puntuación con arreglo a esta regla). Tampoco es posible considerar como hace LABORATORIOS HARTMANN, S.A respecto del criterio “neutralizante de olor incorporado” que no hay manera de fijar su mayor o menor efectividad ya que lo realmente debe certificarse por los laboratorios

acreditados es si el producto contiene este elemento o no, a fin de dar o la puntuación que se establece en el anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Decimotercero. Por último y en cuantos a la recogida de productos caducados, ALGODONES DEL BAGES, S.A. dice que hay infracción del artículo 292 del TRLCSP y del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que considera ilegal en su informe 17/08, las cláusulas que impongan a los contratistas la obligación de restituir sin cargo los bienes cuyo plazo de caducidad haya expirado.

En este sentido hay que traer a colación la doctrina emanada de la resolución 132/2013 que dispone:

“En primer lugar, señala la actora que dicha previsión es incompatible con el artículo 292.4 TRLCSP, así como con la doctrina resultante del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/08, de 28 de julio de 2008, por cuanto impone a las adjudicatarias, trasladándoles el riesgo a ello inherente, la obligación de reemplazar las unidades caducadas. Lo cierto, sin embargo, es que tal exigencia no se desprende de la dicción transcrita, lo que hace estéril debatir sobre tal particular.

A mayor abundamiento postula que, incluso si se entendiera (como, por otro lado, avala su dicción literal) que lo que se está pretendiendo es imponer al adjudicatario la prestación accesoria propia de un contrato de servicios, no guardaría la debida relación con el objeto principal exigida por el artículo 25.2 TRLCSP y, por otro lado, parecería exigirse con carácter gratuito.

Tal alegato no puede prosperar. Es patente que, como la propia actora admite, el artículo 25.2 TRLCSP permite que puedan fusionarse en un mismo contrato "prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante". Y resulta evidente que, en el caso analizado, esa vinculación y complementariedad entre el suministro continuado de

cierto material fungible y la obligación de la recogida de las unidades eventualmente caducadas concurra con manifiesta naturalidad.

De igual modo no puede aceptarse que dicha prestación accesoria se imponga con carácter gratuito, sino que debe considerarse la prestación de tal servicio accesorio retribuida con el precio interno señalado para las distintas unidades objeto de suministro, en cuya determinación, como señala el órgano de contratación, en el informe emitido al amparo del artículo 46.2 de TRLSP, se han tenido en cuenta todos los costes asociados al objeto del contrato, incluidos los desviados de tal eventual recogida.”

No habiendo el recurrente esgrimido argumentos diferentes a los contemplados en dicha resolución, la alegación no puede prosperar.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente por los motivos expuestos en el fundamento jurídico séptimo, los recursos interpuestos por D. F.S.G. actuando en representación de ALGODONES DEL BAGES, S.A. y D.D.M.R., en representación de LABORATORIOS HARTMANN S.A., 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), con anulación de la cláusula 2.8.1.11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y desestimándose en cuanto al resto de motivos invocados en sendos recursos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en 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 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.