

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 5 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don J. R. G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento de licitación para el "Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud". Expte A.M.P.A. 16/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 25 y 29 de octubre de 2012 se publicó respectivamente en el BOE y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación del Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud, por procedimiento y con un único criterio de

adjudicación, el precio. El Acuerdo marco se divide en 13 lotes correspondiente cada uno de ellos a un producto y en dos grupos, el primero de los cuales agrupa los lotes 1 a 7 y el segundo del 8 al 13.

El valor estimado del contrato asciende a 23.736.654,90 euros, con un plazo de duración de 12 meses prorrogable por otros 12 como máximo.

Debe destacarse que mediante Orden 695/2012, de 30 de julio, se declara de compra centralizada la adquisición de productos sanitarios implantables activos.

Segundo.- Con fecha 6 de noviembre 2012 la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) presentó ante el Servicio Madrileño de Salud (en adelante SERMAS) anuncio previo a la interposición de recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas. El citado recurso se presenta ante el propio Tribunal el 8 de noviembre, siendo remitido al SERMAS que remitió el expediente y el preceptivo informe el 14 de noviembre.

El recurso alega diversas infracciones de la legislación de contratos del sector público y solicita la anulación de la convocatoria y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas o subsidiariamente la anulación de determinadas cláusulas, así como la suspensión del procedimiento de licitación impugnado.

Tercero.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación, habiéndose solicitado por dos de las empresas licitadoras que se las tenga como parte interesada en el procedimiento, con fechas 21 y 27 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Especial examen merece la legitimación como requisito previo para la admisión a trámite del recurso.

La legitimación es presupuesto inexcusable del procedimiento para la tramitación de los recursos administrativos, como lo es el recurso especial en materia de contratación y constituye una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su estimación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto. Ostentan legitimación para la interposición de un recurso administrativo los que tengan interés en la resolución que se recurre.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Este precepto guarda relación con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin necesidad de invocar la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El citado artículo 31, en su apartado 2, dispone que *“las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca”*.

La tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es

necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso.

La recurrente es una federación de ámbito nacional, constituida al amparo de la Ley 19/1997, de 1 de abril, Reguladora del Derecho de Asociación Sindical. Según dispone el artículo 1 de la citada Ley, los trabajadores y los empresarios podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos. A los efectos de esta Ley, se entiende por rama de actividad el ámbito de actuación económica, la profesión u otro concepto análogo que los trabajadores o los empresarios determinen en los estatutos. Los Estatutos de la Federación, establecen, en cuanto a su ámbito territorial y profesional, que FENIN es *“una organización profesional de carácter federativo e intersectorial de ámbito nacional que asume la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses comunes de las empresas u organizaciones profesionales de empresas o empresarios que voluntariamente se integren en ella...”*. En cuanto a sus fines, el artículo 7 de los citados Estatutos, establece que *“Es finalidad de la Federación la coordinación, representación, gestión, fomento, defensa y tutela de los intereses generales y comunes de sus miembros y en particular:*

1. *Representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y comerciales frente a persona físicas o jurídicas, entidades y organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros. (...)*”

El artículo 10 de los citados Estatutos establece que pueden ser miembros de la Federación *“las personas naturales o jurídicas que legalmente ejerzan una actividad industrial o comercial, como importación, fabricación, distribución, venta, mantenimiento, servicio y asistencia técnica de tecnología y productos sanitarios, e igualmente aquellas que importen, fabriquen, o distribuyan material auxiliar relacionado con dicha tecnología o conexo con la investigación, la sanidad, la educación, la industria” (...)*.

Asimismo se ha aportado certificado de la Secretaría General acreditativo de la adopción, por el Presidente de la Federación, del acuerdo de interponer y mantener el recurso especial en materia de contratación objeto de la presente resolución.

Por ello, cabe concluir que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada.

Se acredita asimismo la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento abierto, correspondientes a un Acuerdo Marco para un suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso, al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Son varios los reproches que realiza la recurrente respecto del contenido de los pliegos recurridos, por lo que por claridad sistemática se tratará cada uno de ellos separadamente.

Se aduce en primer lugar que las cláusulas 33 y 34 del PCAP infringen lo dispuesto en el artículo 9.3.a) del TRLCSP, en tanto en cuanto se prevé que la

tramitación del procedimiento para la adjudicación de los contratos derivados se realice de acuerdo con las normas del Acuerdo Marco celebrado con varios empresarios, mientras que el citado precepto del TRLCSP establece que los suministros de tracto sucesivo por precio unitario, como es el caso que nos ocupa, se adjudicarán en todo caso de acuerdo con las normas del Acuerdo Marco celebrado con un único empresario. La recurrente aporta en apoyo de sus alegaciones una Sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Santander de fecha 19 de junio de 2012.

El tercer párrafo de la cláusula 2 del PCAP establece que *“La contratación efectiva de los productos se llevará a cabo entre los adjudicatarios seleccionados en el presente acuerdo marco, mediante el procedimiento regulado en el segundo párrafo del art. 198.4 del RDL 3/2011, de 14.1”,* párrafo que señala 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, con arreglo al procedimiento siguiente (...)”*

Por su parte las cláusulas 33 y 34 del PCAP especifican el modo en que se materializarán los contratos indicando que *“Los bienes objeto del presente Acuerdo Marco serán adquiridos por los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud a los que va dirigido, convocando a las partes a una nueva licitación, con arreglo al procedimiento descrito en el apartado segundo del art. 198.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de acuerdo con las indicaciones establecidas en la Cláusula 34 del presente pliego.”*

El órgano de contratación en su informe preceptivo manifiesta al respecto que, *“el texto legal no impide (en los contratos de suministro por tracto sucesivo por precio unitario) que se celebre un Acuerdo Marco mediante procedimiento abierto, en base al cual, se seleccionen y formalicen contratos con una pluralidad de*

empresarios, sino que establece que en su tramitación deberán respetarse las indicaciones previstas en los artículos 196 y siguientes, para los acuerdos marcos celebrados con un único empresario”, incidiendo en que este último mandato legal no es contravenido por los Pliegos impugnados.

Como es sabido el concepto de contrato típico de suministros engloba una serie de contratos de distinta naturaleza, teniendo su calificación legal bajo un único tipo de contrato el objeto de establecer el procedimiento contractual para ellos. El artículo 9.3.a del TRLCSP recoge una de las tipologías correspondientes a estos contratos señalando que en todo caso serán contratos de suministros *“Aquellos en los que el 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. No obstante, la adjudicación de estos contratos 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”.*

Por otro lado, los acuerdos marco no suponen un tipo contractual sino una técnica de contratación tendente a racionalizar la contratación pública, regulada por la Directiva 2004/18, que lo define en su artículo 1. 5 como *“un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”,* y extendida en nuestro ordenamiento en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público,- con el precedente del artículo 183 de la TRLCAP que establecía la posibilidad de celebrar acuerdos o contratos marco en relación con bienes de adquisición centralizada -, que permite celebrar acuerdos iniciales con uno o varios empresarios, a los que se ajustarán los contratos que puedan celebrarse durante su vigencia, pudiendo a su vez tratarse de acuerdos marco en que se establecen todos los términos del contrato o en que se deja sin determinar alguno de tales términos, en cuyo caso nos encontramos ante lo que se

denomina acuerdo marco stricto sensu, que es el caso que nos ocupa. En este último supuesto, algunas de las estipulaciones contractuales que no están determinadas deben ser establecidas posteriormente, planteándose en torno a este punto por parte de la recurrente, la pretendida ilegalidad de la decisión adoptada por el órgano de contratación al escoger como medio para determinar los términos no definidos, una nueva licitación convocada en esta ocasión por cada uno de los hospitales que integran el ámbito subjetivo de aplicación del Acuerdo Marco en función de sus necesidades.

Examinado el PCAP, a la luz de lo anterior, este Tribunal no aprecia vulneración alguna de la normativa aplicable a la adjudicación de los contratos de suministros, puesto que lo que establece aquél es que, una vez concluido el acuerdo marco en el que se seleccionarán las empresas y los productos, se procederá a la adjudicación de los contratos basados en el mismo, convocando a las partes a una nueva licitación con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 198.4 del TRLCSP.

El fundamento del reproche de legalidad en este caso, parece proceder de una confusión terminológica; una cosa es que los contratos de suministro de tracto sucesivo tengan que seguir el procedimiento de adjudicación establecido para los acuerdos marco con un único empresario, puesto que evidentemente se desconoce en el momento de la licitación la cuantía total del suministro por estar subordinado a las necesidades del contratante, y otra que los acuerdos marco que tengan por objeto establecer las condiciones de un suministro, tengan necesariamente que concretarse posteriormente en la negociación con un único empresario en los términos del artículo 198.3 del TRLCSP, sin que sea posible, como sorprendentemente pretende la Federación que agrupa a las Empresas de Tecnología Sanitaria, que sean varios los empresarios seleccionados para poder posteriormente concretar mediante la licitación de los correspondientes contratos, en los términos fijados en el acuerdo marco, por cada hospital las condiciones de la efectiva ejecución de los contratos, tal y como permite el artículo 196.2 del TRLCSP.

Debe tenerse en cuenta que en este caso a diferencia del enjuiciado en la Sentencia aportada por el recurrente, las características específicas de los concretos productos a suministrar dada la especialidad técnica de los mismos, pueden ser objeto de valoración en función de cada producto concreto licitado posteriormente con los distintos hospitales.

Sexto.- En segundo lugar se alega por la recurrente que la cláusula 14.2 del PCAP, y el apartado 8 del anexo 2 del mismo, son contrarios a lo dispuesto en los artículos 87 y 196.2 del TRLCSP en cuanto determinan la exclusión de los licitadores que oferten el precio unitario máximo, al producirse una desviación respecto de la necesidad de fijar los importes de licitación de acuerdo a precios de mercado y al permitir que queden excluidas las ofertas de mayor calidad técnica, que tengan un precio más alto a las demás.

El órgano de contratación afirma que no se ha conculcado el artículo 87 del TRLCSP toda vez que en la determinación del presupuesto de licitación y de los precios unitarios máximos se han tenido en cuenta las condiciones de mercado, siendo así que el propio proceso de licitación competitiva permite un conocimiento más preciso de la situación actual del mismo, concluyendo que si una oferta determinada se sitúa en el mayor precio no sería admisible porque precisamente el PCAP la excluye con la finalidad de alcanzar la máxima eficiencia en la compra de unos dispositivos que se habrían considerado perfectamente válidos desde el punto de vista técnico por un grupo de médicos especialistas.

La indicada cláusula 14 del PCAP, después de señalar que el órgano de contratación adjudicará el acuerdo marco a los licitadores que hayan realizado las proposiciones económicamente más ventajosas por el criterio precio, continúa diciendo: *“no obstante en cada lote quedará excluida la oferta u ofertas que obtengan la menor puntuación por ser las de mayor valor económico”*, previsión que se reproduce en el apartado 8 del Anexo 2 del PCAP.

En primer lugar el TRLCSP no establece el número de empresarios que pueden ser seleccionados a través de la técnica del Acuerdo Marco, limitándose a señalar en el artículo 196.2 que cuando el Acuerdo Marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser al menos de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación, pero de la dicción de este precepto no se desprende que necesariamente deban ser preseleccionados todos los licitadores al acuerdo marco que reuniendo los criterios de selección cumplan los criterios de adjudicación, puesto que el propio artículo comienza señalando que el número mínimo será de tres,- pudiendo darse la eventualidad que más de tres licitadores cumplieran los criterios de selección y adjudicación-.

Por otro lado el apartado 4 del artículo 198 del TRLCSP relativo a los acuerdos marco que se hubieran celebrado con varios empresarios en los que los términos no estén definidos en su totalidad, establece que en los contratos derivados del acuerdo marco se deberá convocar a todas las empresas que sean capaces de realizar el objeto salvo, en los contratos a adjudicar que no estén sujetos a regulación armonizada en los que podrá decidir el órgano de contratación, de manera justificada en el expediente, no extender la consulta a todas los empresarios que son parte del acuerdo y limitarse a un mínimo de tres. De manera que cumpliendo las empresas con los criterios técnicos y estando dentro del margen de precio fijado en los pliegos, todas ellas deben ser convocadas, pero esta exigencia se verifica no en la selección de los participantes del acuerdo marco, sino de sus contratos derivados.

Sentado lo anterior, resulta que sí es posible limitar previamente el número de adjudicatarios del acuerdo marco, con el número mínimo de tres, siempre que haya ofertas suficientes para ello, pudiendo fijarse en el pliego el número máximo de adjudicatarios del contrato por su cantidad (3, 4 ó 5 etc.) o bien porcentualmente o

con otro sistema dado que la Ley no establece nada al respecto. Sin embargo, la cláusula 14 del PCAP que limita el número de adjudicatarios por exclusión, - expresión quizá no muy afortunada al coincidir con la exclusión procedente en el caso de incumplimiento de las condiciones técnicas fijadas en el contrato o exceso en el precio ofertado respecto del fijado como presupuesto de licitación,- no estableciendo tampoco un número mínimo de licitadores a partir del cual operaría la no selección de la oferta más cara, de manera que pudiera darse la eventualidad, contraria a la intención de fomentar la concurrencia, de que habiéndose presentado solo dos ofertas a un lote, hubiera que dejar de seleccionar una de ellas.

Este Tribunal, sin embargo considera que la cláusula indicada puede ser interpretada de forma integrada con el artículo 196.2 del a TRLCSP en cuyo caso no adolecería de causa de nulidad, en el siguiente sentido: dado que la Ley permite limitar el número de adjudicatarios del Acuerdo Marco, con el objeto de facilitar la gestión en suministros que puedan tener una oferta masiva, nada obsta para que esta limitación se establezca en función de la puntuación obtenida aplicando los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, de manera que se seleccionen por ejemplo las cinco mejores ofertas, siempre con el límite mínimo de tres en los términos del artículo 196.2 antes citado.. Dado que en este caso el criterio único de adjudicación es el precio, nada obsta para que la limitación se establezca en función del mismo, con el límite mínimo de tres licitadores, sin que este Tribunal considere determinante la predeterminación numérica de los posibles licitadores a admitir.

De esta forma debe aclararse el pliego, poniendo esta aclaración en conocimiento de todos los licitadores, en el sentido de que la cláusula 14 del PCAP y el apartado 8 del anexo 2 deben aplicarse en los términos del artículo 196.2 que permite la limitación de licitadores a seleccionar en función de la puntuación obtenida en la aplicación del criterio precio, con el límite mínimo de selección de tres ofertas por lote.

No obstante la posibilidad de interpretar el pliego conforme a la ley en el sentido antes indicado se recomienda la modificación del PCAP en tal sentido, ya que como veremos procede la anulación de una parte del mismo.

Séptimo.- Alega también la recurrente, infracción del artículo 198.4 del TRLCSP y del principio de transparencia, en la cláusula 34 del PCAP al dejar para un momento posterior, el establecimiento de los criterios para la ulterior adjudicación de los contratos en ejecución del Acuerdo Marco.

El órgano de contratación considera en su informe que si bien es cierto que los criterios de adjudicación deben concretarse en los pliegos, ello es así para la adjudicación de los contratos administrativos, mientras que en el caso del presente Acuerdo marco se trata de definir unos criterios cuya consideración y aplicación va a ser llevada a cabo por otro órgano de contratación que deberá precisar tales criterios en función de sus necesidades, afirmando asimismo que la recurrente no puede alegar una supuesta inseguridad jurídica pues se conocerán los criterios precisos y su modo de valoración en el momento de afrontar un procedimiento basado en el acuerdo marco.

La cláusula controvertida regula el procedimiento de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco, estableciendo en su apartado c), los criterios de adjudicación de los mencionados contratos, en los siguientes términos: Los criterios de adjudicación tendrán el siguiente peso:

- CRITERIO PRECIO: 70 %, aplicándose la siguiente fórmula: $PL = 70 \times \frac{BL}{BM}$
- CRITERIOS TÉCNICOS Y/O PRESTACIONES que serán establecidos por cada centro sanitario: 30 %. Estos criterios deberán concretarse eligiendo uno o varios de los siguientes:
 - 1.- Versatilidad.

- 2.- Instrumentación adecuada y precisa
- 3.- Facilidad de implantación.
- 4.- Instrumentación y apoyo en técnicas de extracción de la prótesis.
- 5.- Servicio técnico
- 6.- Evidencia científica de los resultados.
- 7.- Formación y docencia.
- 8.- Innovación y desarrollo

La ponderación que se asigne a cada criterio de adjudicación se realizará en base a la selección de los mismos, no superando en ningún caso la suma de los 30 puntos.

Como más arriba hemos señalado los acuerdos marco constituyen una técnica de contratación tendente a racionalizar la contratación pública, que permite celebrar acuerdos iniciales con uno o varios empresarios, a los que se ajustarán los contratos que puedan celebrarse durante su vigencia, cabiendo dos modalidades, en función de que estén determinados o sin determinar, todos los términos de la futura contratación, siendo este último el caso que nos ocupa. Para estos supuestos el artículo 198.4 del TRLCSP, regula el procedimiento de adjudicación que pasa por convocar a las partes o empresarios preseleccionados, a una nueva licitación que obviamente no puede modificar o desvirtuar los términos previstos en el acuerdo marco, (artículo 32.3 de la Directiva 18/04), aunque sí concretarlos de manera más precisa y establecer otros que en su momento no se hubieran fijado en el indicado acuerdo marco, cohonestando la necesidad de garantizar la flexibilidad en el procedimiento y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato, como establece el considerando 11 de la Directiva 18/04.

Este procedimiento pasa por una nueva licitación con la consulta por escrito a los empresarios seleccionados, concesión de un plazo para presentación de ofertas y su valoración para adjudicarlo a aquel que hubiera presentado la mejor oferta,

valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco, como indica el apartado e) del artículo 198.4 del TRLCSP, que reproduce en este punto el apartado 4. d) del artículo 32 de la Directiva 18/04. Este Tribunal entiende que si la ley permite acuerdos marcos 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.

Por otro lado la Nota explicativa de los acuerdos marco de la Comisión Europea (Documento CC 2005/03 de 14 de julio de 2005), que respecto del artículo 32.4, segundo párrafo, segundo guion de la Directiva 2004/18, dice que la adjudicación de cada contrato se hará en base a los criterios de adjudicación enunciados en el Pliego de condiciones del acuerdo marco, de lo que parece que la interpretación que abonaría la propia Comisión sería la de considerar que es suficiente enunciar los criterios y su ponderación global en el acuerdo marco, debiendo ser recogidos en los pliegos que se adopten para la adjudicación posterior de cada contrato, en los términos del artículo 150 TRLCSP .

Es cierto que la Nota explica la posibilidad de que el acuerdo marco establezca los criterios cualitativos y que para adjudicar los contratos derivados se acuda al precio más bajo de los seleccionados en el acuerdo marco, sin embargo al no establecerse así de forma imperativa nada impide, que como en el caso que se analiza, se realiza al revés, aplicando criterios de calidad para la adjudicación de los contratos derivados, después de la adjudicación del acuerdo marco en función del criterio precio.

Sentada la posibilidad general de establecer en los acuerdos marco criterios de adjudicación que se concretarán en la siguiente fase de adjudicación de los contratos derivados, cabe analizar si en el caso del PCAP analizado, los criterios de

adjudicación elegidos, respetan en su formulación los principios que rigen la contratación pública. Según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, en el asunto C-470/99 *Universale-Bau contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*) Esto significa, que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma (Sentencia SIAC Construction, C-19/00).

Debe aun precisarse que una vez adjudicado el acuerdo marco, es claro que los productos ofertados por las empresas que resultan adjudicatarias no podrán variar, de manera que tan solo podrán valorarse aquellas prótesis que hubieran sido seleccionadas en el acuerdo marco previo, ahora bien, sí pueden tenerse en cuenta otros criterios, -una vez seleccionadas las ofertas correspondientes a las prótesis a suministrar descritas en el PPT en relación con cada lote, - para, en función de las necesidades de cada Hospital, tener en cuenta cuestiones que supongan o bien la concreción o bien el establecimiento de nuevos términos en el contrato.

En este caso son dos los tipos de criterios que según el propio enunciado del PCAP podrían aplicarse para la adjudicación de los contratos definitivos, de un lado criterios atinentes a los productos a suministrar como la versatilidad, o la facilidad de implantación y criterios adicionales no relativos al producto en sí, sino a cuestiones accesorias relacionadas con el contrato de suministro, como la formación y docencia o el servicio técnico o la innovación y desarrollo. En nada afecta a la oferta realizada para el Acuerdo marco por cada uno de los licitadores, que se prevea la posibilidad de establecer criterios de adjudicación que no se

refieran específicamente al producto a suministrar para la adjudicación de los contratos derivados, puesto que los licitadores no se encuentran vinculados o constreñidos por el producto ofertado, respecto de tales criterios. Es claro que al hacer la oferta para un modelo de prótesis cualquiera el licitador no debe encontrar incertidumbre por la posibilidad de que se valore en una fase posterior, por ejemplo, la formación que pueda ofrecer.

Caso distinto es el de aquellos criterios que se refieren al producto, puesto que al desconocer qué criterios de entre los expuestos le pueden ser aplicados en la licitación de los contratos derivados, no dispone de toda la información suficiente para formular una oferta en las necesarias condiciones de transparencia, de tal forma que se respete el legítimo derecho de los licitadores a conocer de antemano en qué medida la primacía de los criterios va a influir en la adjudicación

De acuerdo con lo anterior nada impide que en el PCAP del Acuerdo marco solo se enuncien los criterios a aplicar de forma general, sin especificar la puntuación que se les asigna, respecto de los criterios no relativos a los concretos productos seleccionados en el acuerdo marco, mientras que respecto de estos últimos sí resulta precisa su baremación.

A la vista de lo anterior, este Tribunal entiende que procede anular el Pliego por lo que a los criterios de adjudicación de los contratos derivados se refiere, para o bien suprimir aquellos criterios referidos a las características de los productos o bien para establecer de antemano entre tales criterios la puntuación a otorgar a cada uno.

Vinculada con la posibilidad de valorar diversos criterios de adjudicación de los contratos que se convoquen en uso del Acuerdo marco, está la de la definición de los mismos, respecto de la que la recurrente considera que resulta ambigua e imprecisa con infracción del principio de transparencia.

Como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en diversas ocasiones, los pliegos deben establecer los criterios de adjudicación y también las normas de aplicación de tales criterios y deben aparecer tasadas, baremadas y puntuadas. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, de nuevo haciendo la distinción entre criterios relativos al producto o criterios relativos a otros aspectos, deberá concretarse en el PCAP del Acuerdo Marco la definición del contenido de cada criterio en el primer caso o será en la solicitud de oferta cuando se concreten los criterios de adjudicación previstos, en el segundo, momento en que se apreciaría si se ajustan o no a las exigencias legales indicadas.

Octavo.-Otro de los aspectos que la recurrente considera contrario a la legislación en materia de contratación pública, en concreto a los artículos 292 y 293 del TRLCSP, es la de la entrega de los bienes en depósito prevista en los apartados 10 y 18 del anexo 2 del PCAP, por considerar que contraviene el derecho del contratista a transmitir los riesgos sobre los bienes en el momento de la entrega y el derecho a percibir el precio a partir de tal momento.

Manifiesta el órgano de contratación en su informe que la entrega en depósito constituye *“una práctica (y su engarce con el contenido normativo del texto legal) inveterada, (y, ampliamente consolidada y conocida por el recurrente) en el proceso de contratación administrativa de dispositivos implantables en los centros hospitalarios”,* afirmando asimismo que *“los productos adjudicados no podrían ser recepcionados formalmente antes de su implante en el paciente porque sería totalmente antieconómico”, (...)* el pago del producto concreto (usado, no implantado) no podría verificarse hasta que se produjera el implante efectivo. De lo contrario podría darse el caso, de pago de un producto que finalmente no se empleara, pues (y este es el contexto real en que se desenvuelve el contrato, que el recurrente no debería ignorar) el arsenal terapéutico debe estar disponible pero solo se empelaría si se suscita el caso clínico que demanda ese producto”.

El apartado 10 del PCAP en relación con la entrega de los productos a

suministrar distingue de un lado, la regulación de la misma estableciendo que *“El suministro se efectuará en el horario y lugar establecido por cada Centro adscrito y dependiente del Servicio Madrileño de Salud,”* y de otro la posibilidad de constituir un depósito cuando señala *“El adjudicatario depositará el material adjudicado en la cantidad suficiente para un desarrollo óptimo de la actividad asistencial de los centros, que se determinará conjuntamente en función de los consumos previstos.*

El material depositado vendrá acompañado de su correspondiente albarán valorado uno por cada artículo (Elemento), figurando como mínimo, la referencia, cantidad, número de lote, número de serie y fecha de caducidad.

Las cantidades depositadas deberán estar siempre actualizadas por el adjudicatario respecto a su caducidad.” detallando a continuación cómo deberán reponerse los bienes consumidos, para concluir que *“A la finalización de este contrato y/o de los contratos derivados del mismo, y previo acuerdo con el Centro, los depósitos no consumidos serán retirados por el adjudicatario sin coste para el SERMAS y/o los centros”*

El artículo 292 del TRLCSP, relativo a la entrega en el contrato de suministro, remite en su apartado 1, respecto de la determinación del tiempo y lugar en que deberá verificarse, al contrato de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas, sin que se aprecie que en este aspecto el PCAP se aparte del citado texto refundido en cuanto que, de acuerdo con el apartado transcrito, la entrega se verificará en la forma que se establezca en cada contrato.

Sin embargo, tras afirmar el PCAP que el suministro se efectuará en el horario y lugar establecido por cada Centro, contempla la posibilidad de que el contratista adjudicatario de cada contrato derivado, deposite los productos suministrados en la cantidad que se acuerde, lo que no implica necesariamente que deba depositarse todo el objeto del suministro, si no que atendiendo a la especialidad de los productos a suministrar y la variedad de situaciones asistenciales que pudieran darse, se acuerde el depósito de cierta cantidad de productos, atendiendo precisamente a las necesidades de la actividad asistencial en cada centro. Del mismo modo se previene

que la devolución de los productos suministrados sin utilizar una vez concluido el contrato, se acuerde con el Centro. Entiende este Tribunal que, frente a lo aducido por la recurrente, no se produce en este caso un desplazamiento del riesgo en el contrato por lo que se refiere a la pérdida o deterioro de los productos en depósito, en cuanto incumbirían a cada hospital peticionario las obligaciones que el artículo 1766 del Código Civil atribuye al depositario, teniendo en cuenta además que puede ser objeto de acuerdo entre las partes.

Ahora bien debe examinarse si el PCAP contraviene las disposiciones legales aplicables por lo que al pago del precio se refiere. Debe ponerse de relieve en primer lugar, a tal efecto, que dado que las prótesis a suministrar tienen fecha de caducidad, son productos perecederos, a los que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 292.4 que a la sazón prevé que una vez recibidos los productos por la Administración la misma será responsable de su gestión uso y caducidad sin perjuicio de los vicios o defectos ocultos, constando que dicho apartado fue introducido por enmienda basada en la siguiente justificación: *“la contratación administrativa está presidida por el principio del mantenimiento del equilibrio patrimonial del contrato, evitando situaciones que supongan para el empresario daños y perjuicios injustificados, En el mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia reconociendo que la Administración debe evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de un particular. Sin embargo en los pliegos de determinadas licitaciones suelen introducirse cláusulas por las que la Administración se reserva el derecho a devolver la parte no utilizada de determinados productos perecederos o un porcentaje de los mismos caducados en poder de la propia Administración, generándose un perjuicio para las empresas suministradoras.”*

Por otro lado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, establece en su informe 17/2008, de 28 de julio de 2008, *“Pues bien, puesto que el artículo 268.4 no deja duda acerca de su carácter taxativo (“una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta*

responsable...") debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al suministrador de los medicamentos la obligación de sustituirlos sin cargo adicional."

A ello debe añadirse que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales,(que incorporó a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000), modificada por la Ley 15/2010 de 5 de julio, establece en su artículo 9 que *"para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor"*, siendo así que, dado que el pago no se produciría hasta treinta días después a contar desde la recepción que se verificaría cuando las prótesis fueran efectivamente utilizadas en cada centro hospitalario, el SERMAS a pesar de tener los productos a su disposición demoraría el pago sine día, con lo que se produce el efecto más arriba descrito de proporcionar al deudor liquidez a expensas del contratista.

Considera por tanto este Tribunal a la vista de todo lo anterior, que no es posible establecer, a la luz del principio de libertad de pactos, como fecha de entrega la de la efectiva utilización de las prótesis objeto del contrato, cuya utilización si bien es cierto que responde a las situaciones asistenciales eventuales que pudieran darse, puede ser objeto de previsión por los correspondientes servicios hospitalarios, complementando posibles situaciones imprevistas con cláusulas tendentes a la existencia de un stock mínimo de productos en los almacenes de las empresas adjudicatarias y un plazo máximo de entrega .

Noveno.- Se plantea la ilegalidad del apartado g) de la cláusula 34 del PCAP, que

permite que cada uno de los lotes, correspondiente a un producto concreto, se adjudique a varios licitadores por motivos clínicos por vulnerar lo dispuesto en el artículo 198. 4.e) del TRLCSP que solo permite un adjudicatario por contrato.

El apartado g) de la cláusula 34 del PCAP señala después de indicar que para cada centro se seleccionara la proposición que resulte más ventajosa que *“no obstante por motivos clínicos, podrá adjudicarse más de uno de los dispositivos que han sido aceptados en el Acuerdo Marco si bien en este caso habrá de realizarse de modo justificado, en función de los criterios de adjudicación del objetivo de dar respuesta a las necesidades clínicas y / perfil concreto de pacientes”*.

El órgano de contratación señala al respecto en su informe preceptivo que tal previsión, tratándose de no erosionar la competencia y promover la concurrencia, pretende cubrir todo el abanico de objetivos clínicos del SERMAS para que todos los dispositivos contratados permitan su máximo ajuste a las peculiaridades de cada paciente en concreto, no constituyendo una infracción del artículo 198.4 e) sino la previsión de una excepción en las posibilidades de contratación y empleo del arsenal terapéutico ofertado.

De nuevo nos encontramos ante la dualidad acuerdo marco, contrato derivado, cuya relación más arriba se ha expuesto y conforme a la cual, cabe “preseleccionar” una serie de productos que luego pueden ser objeto de adquisición concreta por cada uno de los centros Hospitalarios que dependen del SERMAS. Debe señalarse que si bien es cierto que el objeto en general del procedimiento de licitación en la contratación pública, es precisamente la selección de la oferta más ventajosa, lo que obviamente excluye el resto de las mismas, en el caso de los acuerdos marco nos encontramos ante una técnica específica, destinada a la racionalización de la adquisición de productos de características predeterminadas, de manera que una vez preseleccionados los productos se proceda a su adquisición en los términos señalados en los pliegos.

En este caso debe tenerse en cuenta en primer lugar, que no todas las características de los productos son objeto de preselección puesto que el Acuerdo marco se adjudicará con un solo criterio, el precio, de manera que será en las solicitudes de oferta derivadas de aquél en las que en su caso se detallen otras circunstancias del producto, valorables mediante los criterios establecidos en el PCAP, por lo tanto en principio nada obstaría para que pudieran realizarse diversas solicitudes de ofertas para cada lote en las que se asignase más puntuación a unos criterios sobre otros en función de las necesidades requeridas.

A ello cabe añadir que como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 31/2010, de 24 de noviembre, *“Podría plantearse, y de hecho se ha planteado, la cuestión de si una vez seleccionado un número determinado de empresarios suministradores del producto o del servicio por cumplir los requisitos mínimos o alcanzar el nivel de calidad establecidos en el pliego pueden los destinatarios de unos o de otros optar libremente por cualquiera de ellos, si se da la circunstancia de que en el acuerdo marco se hayan estipulado la totalidad de las condiciones del contrato. A este respecto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera como criterio más adecuado que la opción entre uno u otro producto o servicio no puede quedar al libre arbitrio del órgano usuario, salvo que una norma específicamente lo permitiera, cosa que difícilmente ocurrirá. La elección entre uno u otro producto servicio, cuando es posible optar entre varios equivalentes, deberá estar suficientemente justificada, a cuyo efecto en el acuerdo mediante el cual el órgano destinatario de ellos opta por uno u otro deben hacerse constar las circunstancias que motivan su elección”*, concluyendo que *“no existe obstáculo legal a la posibilidad de seleccionar mediante acuerdo marco un grupo de empresarios por lote capaces de suministrar productos o servicios equivalentes, que puedan ser adquiridos por los organismos destinatarios(...)”* todo ello sin perjuicio de la discrecionalidad científica o técnica que pueda intervenir.

Si ello es así en el caso de que todas los términos del contrato estén predeterminados, también debe serlo en aquellos supuestos en que función de la

actividad asistencial concreta a desarrollar pueda adquirir más importancia relativa alguno de los elementos que se recogen como criterio de adjudicación, o incluso variaciones de los productos ofertados que respetando las características mínimas fijadas en el PPT, hagan preferible unos sobre otros, atendiendo a las circunstancias concretas de la actividad desarrollada en cada Hospital, como el tipo de paciente, la técnica elegida para cada intervención y otras que deberán ser valoradas de forma motivada en cada caso.

De acuerdo con lo anterior este Tribunal no aprecia vulneración legal en lo dispuesto en la cláusula 34 g) del PACP.

Décimo.- Por último se plantea la legalidad de la resolución del Acuerdo marco por la adjudicación de Acuerdo marco por el Ministerio de Sanidad en condiciones más ventajosas, por considerar que se trata de un desistimiento unilateral en el que no se respetan los requisitos establecido en el artículo 300 del TRLCSP

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el desistimiento en el caso de ocurrir se fundamentará en una o varias razones de interés público, y que la duración del Acuerdo marco es de un año, por lo que se entiende que no se incumple el artículo 300. 3 del TRLCSP por el equilibrio contractual.

Efectivamente lo que propone el párrafo 4 de la cláusula 33 del PCAP es la resolución del Acuerdo marco en el caso de que por el Ministerio de Sanidad se adjudicara un acuerdo marco en condiciones más ventajosas para adherirse al del Estado.

De nuevo debe ponerse de relieve la distinción entre contrato derivado y acuerdo marco, ya que las normas citadas por parte de la recurrente se refieren con carácter general de la resolución de los contratos que generan una serie de derechos y obligaciones para las partes distintas de las del acuerdo marco.

Efectivamente dado que los contratos son generadores de obligaciones (cumplimiento) y de derechos (fundamentalmente el pago del precio) para los contratistas, la ley restringe la posibilidad de resolución de los mismos a los casos previstos en el artículo 223 con carácter general y 299 para el contrato de suministros, con los efectos que taxativamente se establecen en los artículos 225 y 300 respectivamente.

Sin embargo el PACP no está obviando, como aduce la recurrente, el régimen de resolución de los contratos, sino que establece la posibilidad de resolver el Acuerdo marco. Una de las características del acuerdo marco, es que no determina las mismas obligaciones para las partes que en los contratos derivados, (sino las de convocar a todos los adjudicatarios y presentar ofertas en los términos del propio acuerdo marco), sino las condiciones a las que habrán de ajustarse los contratos que en su ejecución se celebren. Pero es que además de aplicar a la resolución del propio acuerdo marco el régimen de resolución de los contratos derivados de los mismos, cabría considerar que la causa de resolución del acuerdo marco contemplada en el PCAP, se podría insertar en el apartado h) o g) del artículo 223 del TRLCSP *“Las establecidas expresamente en el contrato”, o “la posibilidad cierta de la producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato”*

Así en este caso, nada obsta para dejar sin efecto el Acuerdo marco en los términos señalados en el PCAP, mientras no se haya procedido a la adjudicación de los contratos, procediendo en caso de que los mismos se hubieran celebrado su resolución en los términos y con los efectos de la normativa aplicable antes señalada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41. 2 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de

Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento de licitación para el "Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud". Expte A.M.P.A. 16/2012, anulando el apartado c) de la cláusula 34, y los apartados 10 y 18 del anexo 2 del PCAP, en los términos indicados en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la presente Resolución.

Segundo.- Que procede la aclaración o en su caso la modificación de la cláusula 14 y del apartado 8 del anexo 2 del PCAP, en los términos señalados en el fundamento de derecho quinto apartado segundo de esta Resolución, de forma que resulte acorde con lo dispuesto en el artículo 196.2 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal con fecha 7 de noviembre de 2012 para el trámite de apertura de ofertas.

Cuarto.- 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 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Fdo. Elena Hernández Salguero