



Recurso nº 1189/2015

Resolución nº 1168/2015

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. P. T., actuando en nombre y representación de la sociedad mercantil MEDICAL MIX, S.L, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de productos (implantes intraoculares) para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración General del Estado, publicadas el 31 de octubre de 2015, por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 8 de octubre de 2015, la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria acordó la tramitación de un expediente para la celebración de un acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (implantes intraoculares) para varias comunidades autónomas y organismos de la administración del estado mediante el procedimiento de adopción de tipo previsto en la orden ministerial ssi/1076/2014, de declaración de bienes de contratación centralizada, procediendo a la aprobación simultánea del Pliego de Prescripciones Técnicas que había de regir el mismo, con número de expediente 2015/206. El importe neto del acuerdo se cifra en 13.886.443,17 euros

Con fecha 2 de noviembre de 2015 se produce la inserción de los anuncios de la convocatoria en el DOUE así como en el Boletín Oficial del Estado, habiéndose publicado con anterioridad en la Plataforma de Contratación del Estado.

Segundo. En fecha 10 de noviembre de 2015 se produce por la empresa recurrente anuncio previo a la interposición del recurso especial en materia de contratación, formalizándose el correspondiente recurso en fecha 13 de noviembre.

El recurrente pretende acuerde declarar la nulidad del pliego de prescripciones técnicas, específicamente de la estipulación 2.5 respecto a las especificaciones técnicas mínimas de los lotes 2, 3, 4, 5 y 7 del Pliego.

Respecto de los mismos sostiene en su escrito que en todos ellos se detallan claramente las características de los productos requeridos y cuyo suministro se licita, con la excepción de la característica o requisito señalada como "*amplio rango de dioptrías disponibles*", criterio que no se detalla ni especifica, constituyendo dicho requisito un criterio subjetivo y por tanto incurre en una absoluta falta de claridad y ambigüedad, impidiéndose con ello el acceso a los licitadores en condiciones de igualdad. Concluye señalando que el criterio o característica "*amplio rango de dioptrías disponibles*" resulta totalmente subjetiva, ambigua y oscura. Hecho que contraviene las reglas para la fijación o establecimiento de prescripciones técnicas contemplado en el artículo 117 Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), impidiéndose el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores, por cuanto crea un obstáculo injustificado a los mismos.

Tercero. Remitido el expediente administrativo al mismo se acompaña informe del órgano de contratación defendiendo la legalidad del pliego impugnado manifestando que el párrafo objeto de controversia no se corresponde con un criterio de adjudicación que deba ponderarse en la contratación. Por el contrario se trata de un apunte técnico del pliego de prescripciones técnicas, que tiene por objeto el fin contrario al que ahora el recurrente alega.

Señala que el rango de dioptrías en este tipo de productos puede ser muy amplio, y el establecer que cada oferta deba dar respuesta a todo el rango de dioptrías, o fijar un rango parcial concreto, puede dejar fuera del procedimiento a empresas cuyo portfolio no coincida exactamente con esos requerimientos.

Se justifica argumentando que la exactitud de las medidas biométricas oculares es decisiva para el cálculo de la potencia de la lente intraocular y por ello las lentes ofrecen un amplio rango de dioptrías en esfera y en cilindro, rango que varía en función de las características propias de cada una y del lugar donde van a implantarse. Así tenemos que en una lente intraocular Monofocal Plegable 3 piezas Acrílica Hidrofóbica el rango de dioptrías o potencia se establece entre (-5.0 a + 30) Y en la Lente intraocular Plegable Monofocal Tórica Hidrofóbica el rango de dioptrías en esfera se establece entre (+6.0 a 30.0) y en cilindro entre (+0.75 a +4.0).

Esta inevitable variabilidad que requiere la elección de una lente concreta para cada paciente es la que llevó a considerar que su concreción numérica en los pliegos podía convertirse en un requisito excluyente "a priori" para alguna de las empresas aspirantes y alcanzar la mayor concurrencia inclinó la decisión del grupo técnico a no especificar el rango concreto de cada una y establecer por el contrario la necesidad de disponer de "*un amplio rango de dioptrías*", con la finalidad de favorecer la competencia.

Los principios de igualdad y no discriminación no se vulnerarían con la previsión de los pliegos que ahora se recurren. Remitiendo la vulneración al momento de su aplicación por el órgano de contratación, si posteriormente mediante una interpretación restrictiva de la previsión que ahora se impugna, se inadmitiera alguna oferta que debiera ser admisible. Concluye que ése sería en ese momento en el que procedería la impugnación pero no ahora, momento en el que el posible incumplimiento es una mera hipótesis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.1 del TRLCSP, corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la resolución del presente recurso especial en materia de contratación.

Segundo. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada y debidamente representada.

Tercero. El recurso especial en materia de contratación es pues admisible ya que se interpone en relación a un acuerdo marco para suministros sujeto a regulación

armonizada por el TRLCSP, con valor estimado igual o superior a 207.000 euros por lo que ha sido interpuesto conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En cuanto al acto recurrido el mismo son los pliegos de prescripciones técnicas del mismo por lo que resulta admisible de conformidad a lo previsto al art. 40.2.a) del citado texto legal.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en plazo y con pleno cumplimiento de las formalidades legales.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, se impugna la descripción de diversos lotes que serían objeto de suministro dentro del acuerdo marco, señalándose que la falta de determinación del mismo se traduce en una infracción del principio de igualdad y concurrencia. Debe pues determinarse si la descripción que realizan los pliegos de los implantes intraoculares a suministrar infringe el ordenamiento jurídico, y por tanto si la referencia al “amplio rango de dioptrías disponible” responde a las exigencias legales.

Resulta oportuno recordar varias ideas fundamentales en torno a la figura de los Acuerdos Marco. Siguiendo lo expuesto en la resolución 596/2013 de 4 de diciembre de este Tribunal debemos manifestar que dice el [TRLCSP \(RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106\)](#) en el artículo 196 que 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 periodo 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. Este precepto manifiesta varias cosas que hemos de tener en cuenta:

- El adjudicatario del acuerdo puede ser un solo empresario.
- La finalidad del acuerdo marco es facilitar y agilizar la contratación de prestaciones de una misma naturaleza, durante un determinado periodo de tiempo.

- Las prestaciones deben ser homogéneas para adaptarse a las condiciones del acuerdo marco, si bien el acuerdo se limita a fijar las condiciones a que han de ajustarse los contratos derivados, los cuales pueden concretar más los pedimentos exigidos por cada concreta prestación.
- Esta solución no puede adoptarse para restringir o falsear la competencia entre los licitadores.

El artículo 198 de la Ley incide en lo que acabamos de establecer, recordando que los contratos derivados del acuerdo marco sólo pueden adjudicarse a los que hayan sido partes de aquél originariamente. Añade el precepto que en los contratos derivados no será posible introducir modificaciones sustanciales con respecto a las condiciones prefijadas en el acuerdo, regla lógica si acabamos de señalar que las prestaciones deben ser homogéneas, y cuyo incumplimiento determinaría que se falsease de hecho la libre concurrencia, en la medida en que los licitadores no adjudicatarios del acuerdo marco se verían perjudicados.

Ahora bien, esta regla no exige que el acuerdo marco predetermine todas las condiciones de los contratos derivados, ya que esto sería imposible en muchos casos en que las prestaciones de los contratos derivados serían homogéneas pero no idénticas. En este sentido se pronuncian inequívocamente los apartados 3 y 4 del artículo 198 del [TRLCS](#) ([RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106](#)). El primero de ellos establece que si el acuerdo se concluye con un solo empresario los contratos basados en aquél se adjudicarán en los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.

En la resolución de este Tribunal dictada en el recurso 431/2013. En su fundamento de derecho séptimo se expone lo siguiente:

“Este Tribunal se ha pronunciado ya sobre el alcance de la figura del Acuerdo Marco y su régimen jurídico en varias resoluciones, podemos citar, entre otras, la número 132/2013: Planteada así la cuestión, lo primero que ha de dejarse sentado es que, obviamente, la remisión del artículo 197.1 a las reglas y procedimientos de adjudicación contenidas en el Libro II, y en el Capítulo I del Título I de este Libro, no puede tenerse por hecha de forma

incondicional, sino que únicamente procederá en lo que sea conciliable con la propia naturaleza del Acuerdo Marco.

Partiendo de este hecho, parece asistir la razón al órgano de contratación cuando afirma que no es dable, sin más, establecer una lineal identificación entre esta categoría y los contratos que a su amparo puedan luego formalizarse.

En este sentido, no puede obviarse que la propia [Directiva 2004/18/CE \(LCEur 2004, 1837, 3331\)](#) parte de la diferenciación entre ambas figuras, como se hace explícito en su artículo 1.5, que define al Acuerdo Marco 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”. Esta distinción entre ambas figuras subyace igualmente en muy diversos preceptos de la aludida Directiva, entre los que cabe citar (sin ánimo exhaustivo) los artículos 9, 35, 41 y 43.

Sin embargo, siendo cierto todo lo dicho, no lo es menos que esa identificación entre Acuerdo Marco y los contratos en su virtud formalizados, no podrá obviarse cuando aquél se haya concertado con una única empresa que, por ende, resultará ser la forzosa adjudicataria de los contratos derivados en él basados. (...)

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 inglesa, 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 \(LCEur 2004, 1837, 3331\)](#) /CITA> como el artículo 198.4 [TRL CSP \(RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106\)](#) admiten, implícitamente, que, en los Acuerdos Marcos 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.”

Es obvio que es admisible una cierta indefinición de cuáles serán las características definitorias del objeto para cada contrato, pero también que esta indefinición obedece a la propia naturaleza del acuerdo marco. Este sistema trata igual a todos los licitadores pues esa indefinición inicial afecta por igual a todos ellos de modo que no puede sostenerse que el mantenimiento de esta cláusula afecte en modo alguno a la concurrencia en condiciones de igualdad de los posibles licitadores del contrato.

Sexto. Una cuestión muy similar a ésta ya fue resuelta recientemente por el Tribunal en resolución 914/2015 de 5 de octubre en su fundamento sexto:

“El recurso considera que existe indeterminación del objeto del acuerdo marco en relación a los biocombustibles. Entiende que en modo alguno se determina o especifica en los referidos Pliegos (PPT y PCAP) el tipo de biocombustible al que se refiere, su grado de pureza, mezcla, en qué porcentaje (20%, 30%, etc.), circunstancias estas que, ante la amplia variedad de opciones existentes y ante el valor de los aditivos que inciden de manera directa en el precio producto suministrado, traen como consecuencia la imposibilidad de que por parte de los licitadores se pueda presentar una oferta ajustada al coste real del producto que se vaya a suministrar. Sin embargo, la alegación no puede ser estimada. La licitación es de un acuerdo marco para la adopción de tipo, como recuerda el órgano de contratación. Sería contrario a este instrumento contractual alcanzar el grado de detalle propio de los contratos de suministro. Aquí no se está licitando un “gran” contrato de suministro, sino un acuerdo marco para la adopción del tipo de descuento al que están dispuestos los adjudicatarios. Será la Administración o ente correspondiente quien, en el contrato basado, concrete sus necesidades y las características, en su caso, de los combustibles. En función de ello podrán los licitadores

ajustar sus ofertas a dichos contratos basados. A los efectos del acuerdo marco para la adopción de tipo la referencia general al Real Decreto 61/2006 se considera que determina suficientemente el objeto”.

Complementario a lo que se acaba de exponer es el criterio, relativo a la competencia y límites para la fijación del objeto del contrato, sostenido en nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, en cuyo fundamento octavo se manifiesta que

<<debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009:

*“La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que **no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad**”.*

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución no 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid:

“Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos,

los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida". En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.>>

Centrándonos en el concreto caso que nos ocupa, el recurrente no ha pasado de realizar una vaga e injustificada alegación sobre hipotéticos perjuicios a la igualdad y a la transparencia. Perjuicios que no solo no prueba, sino que ni siquiera concreta. Ya se ha determinado en el fundamento anterior que el Acuerdo Marco, por su propia naturaleza implica una cierta indefinición en las prestaciones, precisamente para que pueda cumplir con su finalidad, la referencia que hacen los pliegos a que los implantes intraoculares a suministrar dispongan de un amplio rango de dioptrías, no solo entra dentro de la facultad de la administración de fijar discrecionalmente el objeto del contrato, sino que además es coherente con la propia utilización de la figura del acuerdo marco.

No se puede ignorar asimismo, que frente a la parca argumentación justificativa de la ilegalidad desarrollada por la recurrente el órgano de contratación motiva sobradamente en su informe la conveniencia técnica de la necesidad de esa configuración amplia. Por contra ninguna prueba soporta la pretensión anulatoria del recurrente, por lo que la misma ha de ser desestimada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M. P. T., actuando en nombre y representación de la sociedad mercantil MEDICAL MIX, S.L, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo

Marco para la selección de suministradores de productos (implantes intraoculares) para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración General del Estado, publicadas el 31 de octubre de 2015, por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, confirmando la legalidad de los pliegos impugnados.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 de TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.