



Roj: **SAN 1781/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:1781**

Id Cendoj: **28079230042015100097**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **22/04/2015**

Nº de Recurso: **165/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso: 0000165 / 2014**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 02164/2014**

**Demandante: ROCHE DIAGNOSTICS, S.L**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintidos de abril de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 165/2014 que ante esta sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **ROCHE DIAGNOSTICS, S.L** representada por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, y asistida del Letrado D. Marc Roda Faura frente a la Administración General del Estado (INGESA) representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 21 de febrero de 2014, que desestima el recurso interpuesto por dicha entidad 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)

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 25 de abril de 2014, declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 28 de abril de 2014, con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días.

**TERCERO.-** Mediante escrito presentado el 11 de julio de 2014 formalizó la demanda, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) *acuerde ESTIMAR en su integridad el presente recurso, dictando Sentencia por la que: a. Se declare la anulabilidad de la Resolución impugnada, en lo relativo a la especificación del principio de medición electroquímico de la cláusula 2.3 del PPT, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992 ; b. Declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución del TACRC, en lo relativo a los criterios objetivos impugnados, previstos en el Anexo VII del PCAP para la valoración de las ofertas para el lote 4 de los contratos derivados del Acuerdo Marco, todo ello de conformidad con el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 ; c. Declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución del TACRC en lo relativo a la impugnación de los criterios de valoración sujetos a juicio de valor para la adjudicación de contratos derivados del acuerdo marco para el lote 4 (Anexo VII del PCAP) por vulneración de los principios de transparencia e igualdad, de conformidad con el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 >>.*

**CUARTO.-** El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, contestó a la demanda mediante escrito presentado el 16 de septiembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

**QUINTO.-** Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 15 de abril de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de 21 de febrero de 2014, que desestima el recurso interpuesto por dicha entidad 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).

La recurrente pretende que se anule la especificación del principio de medición electroquímico de la cláusula 2.3 del PPT; que se declare la nulidad de determinados criterios objetivos, previstos en el Anexo VII del PCAP para la valoración de las ofertas para el lote 4 de los contratos derivados del Acuerdo Marco; así como de los criterios de valoración sujetos a juicio de valor para la adjudicación de contratos derivados del acuerdo marco para el lote 4 (Anexo VII del PCAP). Pretensiones que ya fueron rechazadas por el TACRC en la resolución impugnada.

**SEGUNDO.-** En primer lugar, considera que la cláusula 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en cuanto exige para el lote 4 el principio de medición electroquímico, debe anularse por vulneración del interés público, pues no procura el mejor servicio público, y contraviene los principios inspiradores de la contratación del sector público, con infracción del artículo 22.2 del TRLCSP.

El TACRC argumentó en la resolución impugnada que la característica técnica concreta a la que se refiere el recurrente, referente al principio de medición, no vulnera el artículo 22.2 TRLCSP, dado que el Acuerdo marco no tiene carácter exclusivo ni excluyente, siendo lo cierto que el Sistema Nacional de Salud seguirá, en todo caso, obligado a proporcionar la debida atención a sus pacientes y que por ende, podrá y deberá, en su caso, acometer procedimientos específicos y separados de contratación para la adquisición de los productos que sean indispensables para la cobertura de cualesquiera necesidades que no resulten debidamente atendidas en el marco de la presente licitación. Y que, por otro lado, el órgano de contratación afirma (en términos que deben presumirse veraces a tenor de lo dispuesto en el artículo 317.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) que las características técnicas así descritas se corresponden con productos de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud y que las distintas Administraciones que son parte en el acuerdo marco reputan idóneos, siendo evidente que la uniformización en las tales características y el establecimiento de estándares de calidad comunes, no sólo favorece la aplicación de economías de escala sino que, además, redundará en una mejora de la calidad y equidad del sistema.



**TERCERO.-** La recurrente manifiesta en la demanda que dicha cláusula fija una técnica de medición para la determinación de la glucemia, en concreto la electroquímica, excluyendo la técnica de medición colorimétrica (o fotométrica), igualmente válida y operativa en el mercado. Restricción que considera no justificada, toda vez que hay evidencias de que determinados productos que utilizan el principio de medición electroquímico, no cumplen los estándares de la ISO 15197-2003, mientras que productos basados en la colorimetría sí cumplen dichos estándares internacionales obligatorios. Además, alega que se infringe el principio de innovación contemplado en el artículo 22.2 del TRLCSP, así como lo establecido en la Guía sobre compra pública innovadora, publicada por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e informada favorablemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda en fecha 28 de octubre de 2011. Añade que no consta en el expediente administrativo ningún elemento que permita verificar la afirmación del INGESA de que las Administraciones que forman parte del Acuerdo ha estimado más idóneo el sistema electroquímico y que se trata de una característica que se corresponde con productos de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud. Y además, en procedimientos de licitación análogos convocados por algunos Servicios Autonómicos de Salud se admite sin distinción los principios de medición electroquímico o colorimétrico.

**CUARTO.-** El Acuerdo Marco objeto de litigio se concluyó al amparo de la Disposición Adicional 28ª TRLCSP, cuyo apartado 2º señala 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"

El artículo 196 TRLCSP, por su parte, establece que: "1. 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, 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.

2. 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.

3. La duración de un acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados".

El Acuerdo marco pretende satisfacer las necesidades de adquisición de productos sanitarios que son de utilización común en el Sistema Nacional de Salud y que se requiere para el cumplimiento de los fines de los participantes en el mismo, impulsando el procedimiento de contratación y procurando un ahorro sustancial de los costes asociados a su adquisición, mediante la fijación de precios unitarios (apartado 1.3 PCAP).

Y su objeto es la selección de suministradores, la fijación de precios y el establecimiento de aquellas bases que regirán los contratos de suministros para la adquisición de aquellos productos sanitarios que se describen en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y en el Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares con destino a los participantes del mismo, según el detalle que se expresa en el Anexo V PCAP (apartado 1.2.1PCPP)

La cláusula 2.3 PPT establece las especificaciones técnicas de los productos sanitarios incluidos en el referido Acuerdo Marco. Y, en concreto, por lo que se refiere al Lote 4 "tira reactiva para la determinación de glucosa en sangre con autoanalizador", contempla como principio de medición exclusivamente el electroquímico.

**QUINTO.-** La parte actora manifiesta que ello vulnera el principio de innovación establecido en el artículo 22.2 TRLCSP. Este precepto dispone que "Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley".

Se contempla, así, la valoración de la innovación como un principio que ha de inspirar la contratación pública ("se valorará la innovación"), pero no impone que en todos y cada uno de los aspectos de un proceso de contratación se tengan que incluir productos o elementos innovadores de manera imperativa, pudiendo



incluirse esa innovación de modo general o sólo en algunos aspectos, pues no siempre las técnicas más innovadoras han de ser las más adecuadas para el cumplimiento del objeto de los contrato, lo que ha de ser valorado por el órgano de contratación.

Y el presente caso, lo cierto es que los participantes en el Acuerdo decidieron incluir en el mismo determinados productos por considerar, y así resulta de la declaración que se realiza en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que se correspondían con productos de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud y que son necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Carece de fundamento la argumentación que ofrece la actora para justificar su pretensión de que se incluya el principio de medición colorimétrico afirmando que hay productos con principio de medición electroquímico que no cumplen los estándares de la norma ISO 15197-2003, y sin embargo hay otros con principio colorimétrico que sí las cumplen, pues en todo caso el PPT exige el cumplimiento de dicha normativa. Lo que implica que aquellos productos con principio de medición electroquímico que no cumplan esa norma no podrían ser admitidos por falta de uno de los requisitos establecidos en las especificaciones técnicas.

Puede discutirse si se podría o no haber incluido también la técnica de medición colorimétrica, pero corresponde a los órganos de contratación la decisión de redactar el pliego de prescripciones técnicas con aquellas especificaciones que se ajuste a sus necesidades, y ningún argumento sólido ofrece la recurrente que permita apreciar en qué medida se vulnera el interés público por el hecho de que no se incluya dicho sistema de medición.

Como se ha expuesto, el Acuerdo sólo comprende la adquisición de determinados productos sanitarios "de utilización común en el Sistema Nacional de Salud" y no impide que los órganos que han suscrito el mismo puedan convocar otros procedimientos de licitación para la adquisición de productos diferentes si lo estiman conveniente para atender a sus necesidades. Así, de la propia documental aportada por la recurrente se desprende que determinados Servicios de Salud de Comunidades Autónomas (Instituto Catalán de Salud, Servicio Riojano de Salud o Gerencia Regional de Salud de Castilla y León) han convocado licitaciones exclusivamente para el suministro de tiras para la determinación de la glucosa en sangre. Es cierto que en tales PPT se contempla tanto el principio de medición electroquímico como el colorimétrico/fotométrico, pero ello no implica que el segundo deba de ser incluido necesariamente en el Acuerdo Marco que examinamos, pues ello dependerá del objeto y finalidad del procedimiento de licitación y de las necesidades de los órganos de contratación, como se ha dicho.

**SEXTO.-** En segundo lugar, pretende que se declare la nulidad de tres criterios de valoración objetivos al estimar que se vulneran los principios de transparencia e igualdad. Se trata de los siguientes criterios:

- Tiras de envase individual estéril (0-5 puntos)
- Son válidos los valores de zonas de punción distintas de los dedos (0-5 puntos)
- Capacidad interna del propio glucómetro de detección de patrones de hipoglucemia e hiperglucemia y comunicación inmediata al usuario con mensajes en pantalla en el instante que se produzca (0-3 puntos)

Alega que la configuración realizada en la puntuación a otorgar para cada uno de estos criterios técnicos prevé únicamente dos posibilidades: o el otorgamiento de la puntuación máxima, o bien la asignación de 0 puntos.

Ante este argumento el TACRC señala que en el anexo VII, en relación con el lote 4, recurrido, que los criterios y la puntuación de cada uno de ellos es la que sigue:

- 60 puntos: precio.
- 35 puntos: criterios técnicos.
- 05 puntos: criterios basados en juicio de valor.

Dentro de los criterios técnicos la puntuación que se confiere está pormenorizada y detallada para cada uno de ellos sin que sea posible la elección alternativa. Así, se especifica que la presentación de tiras en envase individual vale cinco puntos y si no se presentan así, 0 puntos; si se permiten zonas de punción distintas a los dedos, 5 puntos y en caso contrario, 0 puntos. En cuanto a la pila con capacidad mínima para 1000 determinaciones se otorgará la máxima puntuación a la oferta con mayor capacidad de forma proporcional a los valores acreditados. Si existe alarma de potencia de batería con memoria mínima de resultados de dos minutos se concede 3 puntos. Si el propio glucómetro tiene capacidad interna de detección de patrones de hipoglucemia e hiperglucemia se confieren 3 puntos y en caso contrario, 0 puntos. Según el grado de memoria mínima superior a 300 mediciones se conceden hasta 5 puntos. Si hay un sistema de gestión de datos de glucemia y capacidad de transmisión a distancia de los mismos, 2 puntos. La compatibilidad con tiras para la



detección de cuerpos cetónicos se valora con 2 puntos, el mensaje de uso y error con 1 punto y el encendido y apagado con

las tiras 1 punto. El lector alerta de muestra insuficiente y que no realiza lectura alguna con 2 puntos, la caducidad superior a 12 meses, 1 punto y el plazo de entrega inferior a tres días con 2 puntos.

Considera que tales criterios técnicos están configurados cumpliendo lo dispuesto en el artículo 150.2 TRLCSP, así como en la guía general sobre contratación pública elaborada en su día por la entonces Comisión Nacional de la Competencia (invocada por la recurrente), puesto que el mecanismo y parámetros respecto de los criterios que sólo admiten dos puntuaciones es claro: o se tiene o no se tiene, sin que quepa discrecionalidad de ningún tipo por parte del órgano de contratación ya que es perfectamente comprobable y cuantificable si se incluyen o no en el producto y la puntuación que se concede en caso de estar incluido.

Además, el órgano de contratación justifica la necesidad de inclusión de estos criterios. A este respecto entiende que es necesario mantener la esterilidad del producto y la garantía de esterilidad no puede modularse. Por ello en los criterios de valoración se otorga puntuación solo a las soluciones que lo aportan. E igual argumentación se puede realizar sobre las zonas de punción. Hay soluciones en el mercado que solo permiten la extracción en los dedos (esto en pacientes que deben pincharse varias veces al día es una incomodidad), por ello se valoran soluciones que faciliten puntos distintos de extracción a los dedos.

La Sala comparte esta argumentación, pues es evidente que esos criterios de valoración no permiten graduación, por las razones expuestas, sin que la parte recurrente justifique cómo podría articularse la modulación que pretende. Ello no afecta al principios de transparencia, pues tales criterios están claramente establecidos tanto en lo relativo al objeto de valoración como en la puntuación que se otorga en cada caso, ni al principio de libre competencia e igualdad, ya que se aplica todos los licitadores por igual. Tampoco se justifica en qué medida la aplicación de esos criterios no garantiza la adjudicación de los contratos a la oferta económicamente más ventajosa.

**SÉPTIMO.-** Por otro lado, y en relación con estos mismos criterios de valoración también se opone que la exigencia de "Tiras reactivas e envase individual estéril (0-5 puntos)" y otro de los criterios técnicos, el relativo a la "compatibilidad con tiras de detección de cuerpos cetónicos (2 puntos)" vulnera la libre competencia, puesto que únicamente se encuentran en disposición de ofrecer tales productos uno (ABBOTT LABORATORIES, S.A) y dos licitadores (ABBOTT LABORATORIES, S.A y MENARINI DIAG NO STICOS, S.A), respectivamente.

Ante esta misma alegación, se indica en la resolución impugnada que no es cierto que ambos criterios sólo puedan cumplirlos una o dos empresas, teniendo en cuenta que son aspectos no sujetos a derecho de patente y que en la licitación pueden participar soluciones de cualquier parte del mundo. Además estos criterios no están incluidos como especificaciones técnicas básicas en los pliegos técnicos del Acuerdo Marco, sino como criterios valorables en los contratos derivados y no en la selección de proveedores del acuerdo marco, puesto que es una característica que de existir supone una mejora importante para el paciente.

La parte actora reconoce que el procedimiento de licitación está abierto a "soluciones de cualquier parte del mundo", pero afirma que ello es así en el plano teórico, pues en la práctica la participación de licitadores no nacionales en procedimientos de licitación en territorio español es puramente incidental, como se puede observar en la resolución de adjudicación del propio Acuerdo Marco en el que sólo hay una sociedad extranjera.

Ahora bien, descartado que el Acuerdo Marco determine la imposibilidad de que concurra al mismo cualquier licitador que pueda disponer de tales productos, puesto que no se cuestiona la afirmación de que no están sujetos a derecho de patente, y desde el momento en que dichos criterios no se configuran como especificaciones técnicas básicas para poder acceder a la adjudicación, sino como criterios de valoración, no puede afirmarse que resulte vulnerado el principio de libre competencia.

**OCTAVO.-** Finalmente, alegaba el recurrente la incorrecta indefinición de los criterios dependientes de un juicio de valor previstos para la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco, y una agrupación de los mismos de manera incorrecta y poco transparente; y que la propia naturaleza de algunos de los parámetros a valorar hubiese permitido su establecimiento como criterios objetivos o automáticos.

Sobre esta alegación se indica en la resolución impugnada que los criterios de juicio de valor, valorados en 5 puntos para el lote cuatro son los que siguen:

- Tamaño números y claridad.....1 punto.
- Sistema para evitar error de lectura al revés.....1 punto.
- Números continuos no integrados por segmentos.....1 punto.
- Fácil manejo y almacenamiento.....1 punto.



- Peso y tamaño reducidos.....1 punto.

El artículo 150.2 del TRLCSP hace referencia expresa a la posibilidad de incluir criterios de adjudicación no valorables mediante la mera aplicación de fórmulas (criterios subjetivos). En el presente lote los criterios valorables como juicios de valor tienen una ponderación del 5 % en relación a los criterios valorables mediante aplicación de fórmulas (35%) y el precio (65 %) por lo que el riesgo a la disparidad y arbitrariedad a la que alude el recurrente difícilmente se puede sostener. Y que la afirmación de que estos criterios podían haber sido evaluables mediante fórmulas matemáticas no es sostenible atendiendo a su propio concepto. Como ejemplo "el fácil manejo y almacenamiento". Tampoco cabe decir que unos condicionan a otros porque como afirma el órgano de contratación peso y tamaño no tienen por qué ser sinónimos.

**NOVENO.-** En la demanda reitera que tales criterios vulneran los principios de transparencia e igualdad.

Al respecto hay que señalar que el artículo 150.2º TRLCSP establece que "Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos".

Pues bien, en este caso la propia parte recurrente reconoce que la puntuación que otorgan esos criterios es insignificante, en relación con la valoración total, y por lo que difícilmente puede considerarse vulnerado este precepto, ya que en el peso de la puntuación relativa a los criterios objetivos es muy superior al de los basados en juicios de valor. Por otro lado, la circunstancia de que, como tales juicios de valor impliquen un margen de discrecionalidad en su apreciación no vulnera los principios de transparencia e igualdad, con independencia del control que pueda realizarse de esa actuación administrativa en el momento de su aplicación.

**DÉCIMO.-** En virtud de lo expuesto, procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo, con imposición de costas, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo nº 165/2014, interpuesto por la representación procesal de la entidad **ROCHE DIAGNOSTICS, S.L** contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 21 de febrero de 2014.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, con indicación de que frente a la misma cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará mediante escrito presentado en esta Sala en el plazo de diez días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.