

Recurso 86/2013**Resolución 95 /2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 26 de julio de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION BV, SUCURSAL EN ESPAÑA** contra las condiciones reguladoras de la convocatoria del contrato denominado “Suministro de material de laparoscopia” basado en un previo acuerdo marco y tramitado por la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada), dependiente del Servicio Andaluz de Salud (Expte. 268/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante Resolución de 21 de mayo de 2013, el Director Gerente del Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada) dependiente del Servicio Andaluz de Salud acordó el inicio de un expediente de contratación para la adjudicación del contrato basado en el previo acuerdo marco 4002/2010 “Suministro de material específico de videocirugía y endoscopia –Subgrupo 01.13- y de material específico de oftalmología –Subgrupo 01.16-“.

El objeto del contrato específico es el suministro de material de laparoscopia y su valor estimado asciende 1.602.580,42 euros.

SEGUNDO. Mediante Resolución del mismo Órgano, de 28 de mayo de 2013, se aprobó el expediente de contratación citado y al día siguiente, se cursó invitación a la entidad recurrente para participar en el procedimiento.

TERCERO. EL 7 de junio de 2013, tuvo entrada en el Registro General del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION BV, SUCURSAL EN ESPAÑA contra las condiciones reguladoras de la convocatoria del contrato de suministro basado en el previo acuerdo marco.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal el escrito de recurso, que tuvo entrada en el Registro de este Órgano el 13 de junio de 2013.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 14 de junio de 2013, se reclamó al órgano de contratación el expediente de contratación, un informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida de suspensión solicitada por el recurrente y un listado de todos los licitadores en el procedimiento de adjudicación con los datos precisos a efectos de comunicaciones con este Tribunal. La citada documentación fue recibida en el Registro de este Tribunal, el 20 de junio de 2013.

QUINTO. Mediante Resolución de este Tribunal, de 24 de junio de 2013, se adoptó la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Asimismo, mediante escrito de la Secretaría del Tribunal, de 1 de julio de 2013, se dio traslado del escrito de interposición del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de adjudicatario del acuerdo marco 4002/2010, lo que ha determinado que haya sido invitado a una nueva licitación para la adjudicación del contrato de suministro basado en aquél, cuyas condiciones son objeto del recurso interpuesto. Es por ello que el recurrente ostenta un interés legítimo para la interposición del recurso especial en los términos previstos en el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se ha interpuesto contra las condiciones reguladoras de la convocatoria de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada y basado en un previo acuerdo marco, que pretende celebrar un ente del sector público con la doble condición de poder adjudicador y Administración Pública. Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 a) del TRLCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento con forme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.3 del citado texto legal *“la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recuso”*

En el supuesto examinado, se han seguido las previsiones establecidas en el artículo 198.4, párrafo segundo, del TRLCSP, conforme al cual la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, cuando no todos los términos estén fijados en éste, se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándose de manera más precisa si fuera necesario y si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco.

Al respecto, consta en el expediente remitido que la recurrente fue invitada a participar en la licitación del contrato basado en el acuerdo marco 4002/2010, dándole traslado de las condiciones reguladoras de dicha licitación el 29 de mayo de 2013. Por tanto, habiéndose presentado el escrito del recurso en el Registro del órgano de contratación, el 7 de junio de 2013, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal en uno de los dos registros que la ley habilita para ello.



QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que se sustenta el recurso especial interpuesto. Estos son los siguientes:

En el cuadro resumen remitido junto con la invitación para participar en la licitación del contrato basado en el acuerdo marco, el recurrente alega que se han introducido modificaciones sustanciales de las condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) que rigió el acuerdo marco 4002/2010, lo cual prohíbe la propia ley y el PCAP del citado acuerdo marco cuando señala que *“los Centros del Servicio Andaluz de Salud sólo podrán celebrar contratos basados en el acuerdo marco con las empresas que hayan sido adjudicatarias en el mismo, no pudiendo las partes introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco más allá de los aspectos que deben ser concretados en esta fase del procedimiento”*

Las modificaciones introducidas son las siguientes:

1. En el PCAP del acuerdo marco se establecían las bonificaciones como criterio de evaluación no automática, sin embargo en la convocatoria (cuadro resumen) de la nueva licitación se establecen como criterios de evaluación automática. Asimismo, se prevé un nuevo criterio de adjudicación –los depósitos logísticos- que no figuraba en el pliego del acuerdo marco.
2. En el PCAP del acuerdo marco se fijaba la fórmula para la valoración del precio. No obstante, en la convocatoria de la licitación del contrato específico se modifica el mecanismo de puntuación de la oferta económica estableciendo métodos de cálculos distintos a los señalados en el acuerdo marco.
3. En el PCAP del acuerdo marco se establecieron criterios de adjudicación de evaluación automática y no automática. A pesar de ello, en la convocatoria del contrato específico sólo se recogen como criterios de adjudicación los



evaluables de modo automático, prescindiendo de los criterios no automáticos consistentes en servicios de posventa y en la valoración funcional del producto.

4. En el pliego de prescripciones técnicas (PPT, en adelante) que rige la licitación del contrato basado en el acuerdo marco se establecen obligaciones de gestión medioambiental consistentes en la gestión, retirada, almacenaje, transporte y reciclaje o destrucción de los envases vacíos que resulten de la ejecución del contrato, cuyo gasto será por cuenta del adjudicatario. A juicio del recurrente, se trata de una obligación nueva no establecida en el acuerdo marco.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe sobre el recurso pone de manifiesto lo siguiente:

1. El PCAP del acuerdo marco no establece como obligatoria ninguna fórmula para la valoración del criterio de adjudicación consistente en el precio, ya que los acuerdos marco no son procedimientos de adjudicación de contratos, sino una técnica de racionalización de la contratación pública. La valoración del criterio económico establecido en el pliego del acuerdo marco establece una fórmula de la que resulta una diferencia extrema en las puntuaciones incluso cuando las ofertas tengan una diferencia mínima. Por ello, se ha optado por una fórmula alternativa que permite ponderar mejor las ofertas. Esta nueva fórmula impide que el precio convierta de hecho la licitación en una subasta.
2. En cuanto a las bonificaciones, la objetivación del criterio en la licitación del contrato específico aporta mayor seguridad y transparencia para todos los licitadores y reduce la subjetividad de los juicios de valor.
3. La inclusión de los depósitos logísticos como nuevo criterio de adjudicación no va en contra del acuerdo marco, el cual supone una regla de contenido



mínimo que no obsta la necesaria flexibilidad entendida como la posibilidad discrecional del órgano de contratación de concretar los términos generales del acuerdo marco.

Esa discrecionalidad tiene como límite la arbitrariedad, lo que supone que la elección de los concretos criterios de adjudicación de la licitación del contrato específico han de fundarse en razones objetivas y debidamente expresadas que permitan satisfacer las exigencias del principio de igualdad de trato entre los licitadores. Así sucede con el criterio “depósitos logísticos”, cuya inclusión está justificada en la necesidad de garantizar un stockaje de productos de cirugía que ofrezca seguridad para evitar desabastecimientos que afecten a las intervenciones quirúrgicas.

4. El PPT del acuerdo marco establece que serán por cuenta del adjudicatario los gastos derivados de la aplicación de los criterios de logística, distribución y entrega de los productos que se fijen en las respectivas convocatorias derivadas del acuerdo marco. La obligación establecida en el PPT del contrato basado en el acuerdo marco y que es cuestionada por el recurrente se considera incluida dentro de los gastos de logística.

SEXTO. Una vez expuestas las consideraciones realizadas por las partes y determinados aquellos extremos de la convocatoria en discusión, procede analizar cada uno de ellos.

No obstante, con carácter previo, debemos detenernos en la regulación legal de la figura del acuerdo marco en su modalidad de <<acuerdo marco con varios empresarios cuando no todos los términos estén establecidos en el mismo.>>

El acuerdo marco ya fue objeto de regulación en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En concreto, el artículo 1.5 de la citada Directiva, bajo



el título <<Definiciones>> alude a la figura e indica que se trata de “*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*”

La regulación a nivel comunitario del acuerdo marco se encuentra en el artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE, cuyo contenido fue, en su día, trasladado en términos prácticamente literales a los artículos 180 a 182, ambos incluidos, de la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), estando regulada actualmente la figura en los artículos 196 a 198, ambos incluidos, del TRLCSP.

De la citada regulación y en lo que aquí interesa, se desprende que el acuerdo marco es un instrumento para la racionalización de la contratación de los entes del sector público y en particular, de las Administraciones Públicas, que puede concluirse con uno o varios empresarios y que ha de adjudicarse siguiendo las normas generales de procedimiento previstas en la Directiva y en el TRLCSP, cuya finalidad esencial es determinar las condiciones de los futuros contratos que vayan a adjudicarse durante un período determinado que, salvo excepciones muy justificadas, no podrá exceder de cuatro años.

Así pues, el acuerdo marco puede formalizarse con uno o varios empresarios y en este último supuesto, la adjudicación de los contratos basados en aquél podrá efectuarse, bien aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación, bien convocando a éstas a otra licitación cuando no todos los términos estén establecidos en aquél.

En el supuesto examinado, se está en presencia de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios para la selección de material específico de videocirugía y endoscopia (Subgrupo 01.03 del Catálogo de Productos y Materiales de Consumo del Servicio Andaluz de Salud) y de oftalmología (Subgrupo 01.06 del citado Catálogo) en el que, como indica el propio pliego de cláusulas administrativas



particulares que rigió aquél, no todos los términos están fijados en el acuerdo marco, lo cual obliga a invitar a los empresarios seleccionados en éste a una nueva licitación para la adjudicación de los contratos basados en él.

En esta nueva licitación, por disposición expresa del artículo 198.4 del TRLCSP (anteriormente, artículo 182.4 de la LCSP), se han de tomar como base los mismos términos del acuerdo marco, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, siguiendo para ello el procedimiento establecido en el referido precepto que, en lo relativo a la adjudicación, dice textualmente que *“el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco.”* De igual modo, debe tenerse en cuenta la previsión del artículo 198.1 del TRLCSP en cuanto dispone que en los contratos basados en un acuerdo marco las partes no podrán introducir, en ningún caso, modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco.

La regulación legal expuesta que, como se ha dicho, no es más que la transposición a nuestro Ordenamiento interno del contenido del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE, es clara pero parca. Por ello, para su adecuada interpretación debe tomarse como referencia lo expuesto en el *Considerando 11* de la Directiva conforme al cual *“la nueva licitación debe cumplir determinadas normas destinadas a garantizar la necesaria flexibilidad y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato”*.

Así pues, la nueva licitación de los contratos basados en el acuerdo marco debe permitir a los órganos de contratación la flexibilidad necesaria para delimitar, concretar y precisar, adaptando a sus concretas necesidades, los términos en que aquél se ha concluido. Ésta es precisamente la razón de ser de la modalidad o figura aquí analizada. Ahora bien, está claro que no es admisible fijar términos nuevos a los que el acuerdo marco no se refiera siquiera de modo tangencial, ni sustituir extremos ya fijados que no admiten un margen de mayor concreción por otros distintos. Es más, en lo relativo a los criterios que deben regir la



adjudicación de los contratos específicos, el marco legal es explícito al señalar expresamente que han de estar <<*detallados en el acuerdo marco*>>, lo cual permite garantizar, en términos de la propia Directiva, los principios generales de la contratación pública y en especial, el principio de transparencia y el de igualdad de trato, evitando desviaciones en las futuras adjudicaciones que, de haberse conocido por los licitadores en el momento de presentar sus ofertas en el procedimiento de adjudicación del acuerdo marco, hubieran determinado que su proposición no hubiera sido la misma o que ésta incluso no hubiera llegado a formularse.

Como señala la Resolución 132/2013, de 5 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales “(...) *en aras de los principios generales, incluido el de igualdad de trato a que alude el expositivo 11 de la Directiva citada, los criterios a utilizar en la adjudicación deben estar previamente determinados en el acuerdo marco, como ya hemos dicho, pero, es propio de la naturaleza de éste, que el órgano de contratación disponga de un cierto margen de discrecionalidad para poder elegir de entre los recogidos en él, aquellos que sean más adecuados a las características precisadas para los productos a adquirir y atribuirles la ponderación o preferencia que mejor se acomode a la satisfacción de las necesidades que busca cubrir mediante el contrato derivado.*”

De igual modo, el informe 36/2010, de 28 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, refiriéndose al anterior artículo 182.4 de la LCSP –actualmente, artículo 198.4 del TRLCSP-, señala que “*Con base en este precepto, podemos afirmar que la Ley permite la modificación de los términos del acuerdo marco, siempre que no sean sustanciales o esenciales, procediendo a convocar a las partes a un nuevo procedimiento de licitación (...) solo se podrán admitir las (modificaciones) que sirvan para concretar lo dispuesto en el acuerdo marco.*”

SEPTIMO. Expuesto lo anterior, procede entrar en el análisis de los motivos del recurso, comenzando por los referidos a los criterios de adjudicación de la



licitación del contrato derivado del acuerdo marco 4002/2010, para lo cual resulta necesario reproducir, en primer lugar, los criterios detallados en el PCAP del citado acuerdo marco.

La cláusula 19.1.2 del PCAP del acuerdo marco, bajo la rúbrica <<Criterios de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco>> dispone lo siguiente: “Los criterios que se valorarán se elegirán entre los indicados en este apartado (...)”

Son criterios de evaluación automática:

- *El precio*
- *La valoración técnica asignada al producto en el Banco de Productos.*
- *Implantación de transacciones electrónicas en las diversas fases conforme se especifiquen en la resolución de adjudicación.*
- *El plazo de entrega ordinario.*
- *El plazo de entrega urgente.*

- *Se establece la siguiente fórmula para la valoración del criterio precio:*

No serán tenidas en consideración las ofertas por importes superiores al establecido en la Oferta base, en cuyo caso no se valorarán los demás criterios.

Se asignará el máximo de puntuación a la oferta económicamente más baja y la mínima puntuación la obtendrá la oferta económicamente más cara, otorgándose el resto de puntuaciones a las ofertas intermedias mediante la regla de proporcionalidad lineal entre los extremos máximos y mínimos indicados.

Puntuación de la oferta económica:

$10 * (\text{Base licitación} - \text{Precio oferta}) / (\text{Base licitación} - \text{mejor oferta}).$

- *Los criterios de adjudicación relativos a la implantación de transacciones electrónicas de datos y de valoración técnica asignada al producto en el Banco de Productos se valorarán conforme a la siguiente fórmula de proporcionalidad directa:*

$Pc = 10 * \text{oferta} / \text{mejor oferta}$

- *Los criterios de plazos de entrega ordinario/urgente se valorarán conforme a la*



siguiente fórmula de proporcionalidad inversa:

$10 * \text{mejor oferta} / \text{oferta}$

Son criterios de evaluación no automática:

- La valoración funcional del producto realizada por el propio Centro. Cuando la citada valoración sea efectuada por el sistema corporativo, el criterio pasará a tener carácter automático, siendo valorado conforme a la fórmula antes indicada.
- Servicios posventa
- Las bonificaciones”

De otro lado, en la convocatoria del contrato específico analizada en esta sede y en concreto, en el cuadro resumen que, junto a la invitación de participación en la nueva licitación, se remitió a los empresarios seleccionados en el acuerdo marco, se establecen los siguientes criterios de adjudicación:

- Oferta económica: criterio evaluable automáticamente. Ponderación: de 25 a 50 puntos. Fórmula: a la oferta económicamente más ventajosa se le asignarán 50 puntos y 25 puntos a la oferta que se corresponda con el presupuesto de licitación. Las restantes ofertas intermedias se valorarán conforme a la siguiente fórmula:

$Coc * (Px - P_{may}) + V_{min}$.

Donde Coc es el resultado con signo positivo de la fracción $(V_{max} - V_{min}) / (P_{men} - P_{may})$, siendo $V_{max} = 50$ puntos; $V_{min} = 25$ puntos; P_{men} = precio menor; P_{may} = precio mayor; Px = precio de la oferta a valorar.

- Bonificaciones: criterio evaluable automáticamente. Ponderación: de 0 a 20 puntos.

A la vista de los criterios fijados en el PCAP del acuerdo marco y de los señalados en el cuadro resumen de la licitación del contrato específico y sobre la base de la



argumentación expuesta en el anterior fundamento de derecho acerca del alcance de la nueva licitación de los contratos basados en los acuerdos marcos cuyos términos no están totalmente fijados, hemos de analizar, a continuación, los alegatos contenidos en el escrito del recurso.

En primer lugar, el recurrente sostiene que no es posible convertir <<las bonificaciones>> en criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas en la licitación del contrato específico, toda vez que el citado criterio está previsto como susceptible de valoración mediante la emisión de un juicio de valor en el PCAP del acuerdo marco.

En efecto, el criterio de adjudicación denominado <<bonificaciones>> viene detallado en el PCAP del acuerdo marco como criterio evaluable mediante un juicio de valor, siendo así que en la licitación del contrato derivado se configura como criterio automático sin mencionar fórmula de valoración.

Como punto de partida se ha de indicar que la concreción o precisión de los términos del acuerdo marco a que se refiere el artículo 198.4 del TRLCSP no habilita la alteración de aquellos extremos que ya vienen precisados en aquél.

Ciertamente el establecimiento de un criterio de evaluación automática permite objetivar la valoración de las ofertas y como indica el informe del órgano de contratación, puede aportar mayor seguridad y transparencia reduciendo la subjetividad de los juicios de valor, pero, en este caso, el cambio de configuración del criterio en orden a su valoración supone una modificación de los términos del acuerdo marco en un aspecto fundamental de la licitación de los contratos derivados, que no puede ampararse en las necesidades concretas que debe satisfacer el órgano de contratación a través del contrato específico. En este sentido, la modificación realizada obedece más a la finalidad de mejorar la determinación de los criterios detallados en el acuerdo marco que a la satisfacción de unas determinadas necesidades administrativas de quien promueve la nueva licitación.



En definitiva, la admisión de modificaciones de tal naturaleza, sin perjuicio del acierto que puedan representar, supondría ir más allá de lo legalmente permisible porque no se trata de concretar o precisar un criterio, sino de cambiar su carácter y modo de valoración, variando los términos del acuerdo marco.

Cuestión distinta es que en la licitación del contrato derivado se hubieran concretado las bonificaciones susceptibles de valoración, pues nada dice el PCAP del acuerdo marco sobre tal particular. Ello sí que hubiera tenido un claro encaje legal en la figura del acuerdo marco aquí analizada y habría contribuido a imprimir objetividad y transparencia al proceso, cumpliendo con la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la definición de los aspectos susceptibles de valoración con arreglo a los criterios que rigen la adjudicación de los contratos públicos. No obstante, nada de esto se ha llevado a cabo en la licitación discutida, donde han quedado sin precisar las bonificaciones objeto de valoración y ha resultado alterada la configuración del propio criterio respecto al pliego del acuerdo marco, obviándose, asimismo, la fórmula para su valoración.

Por consiguiente, la modificación expuesta no encuentra amparo legal en el artículo 198.4 del TRLCSP, ni resulta posible admitir el criterio <<bonificaciones>> en los términos en que figura en el cuadro resumen, debiendo, pues, estimarse este primer alegato del recurso.

OCTAVO. Otro motivo del recurso se refiere a la inclusión de un nuevo criterio de adjudicación –los depósitos logísticos– que no figuraba en el pliego del acuerdo marco.

En este punto, se ha de dar razón al recurrente por cuanto no es posible legalmente introducir en la licitación de los contratos específicos criterios no detallados en el pliego del acuerdo marco. Sirva lo ya expuesto en los anteriores fundamentos de derecho para estimar tal alegación. La dicción literal del artículo 198.4 del TRLCSP es clara al respecto: a través de la nueva licitación es admisible



la precisión de los términos fijados en el acuerdo marco o la fijación de otros a los que se refieran las especificaciones de aquél. Es más, en lo que a criterios de adjudicación se refiere, el apartado e) del precepto citado señala expresamente que el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco y no otros.

NOVENO. El recurrente alega también que el PCAP del acuerdo marco fijaba la fórmula para la valoración del precio, la cual es cambiada en la licitación del contrato específico que establece métodos de cálculos distintos a los señalados en aquél.

Se está de nuevo ante una modificación del acuerdo marco que no puede ampararse en lo dispuesto en el artículo 198.4 del TRLCSP, por cuanto no se ha pretendido precisar o concretar un extremo del criterio que no viniera suficientemente definido en el acuerdo marco, sino sustituirlo por otro alterando así los términos ya suficientemente claros y explícitos del acuerdo marco.

El hecho de que la fórmula prevista en la licitación del contrato específico sea más acertada y justa que la detallada en el PCAP del acuerdo marco para la valoración de la oferta económica no puede justificar el cambio operado en aquélla. De este modo, se estaría amparando la modificación de un pliego aprobado por la Administración y aceptado por los licitadores que presentaron sus ofertas en el procedimiento de adjudicación del acuerdo marco, por la vía indirecta de la licitación de un contrato derivado que, por otro lado, nunca podrá contradecir las previsiones del acuerdo marco en que se ampara.

Es más, en términos de la propia Directiva 2004/18/CE, el respeto a los principios generales de la contratación pública, en particular, los principios de transparencia e igualdad de trato, impediría admitir una modificación de esta índole pues los empresarios que presentaron sus ofertas en el procedimiento del acuerdo marco lo hicieron en atención a unas condiciones de adjudicación de los



contratos específicos que no pueden después resultar alteradas en la licitación de estos últimos, so pena de conculcarse de modo flagrante aquellos principios.

Procede, pues, la estimación de esta alegación del recurrente.

DÉCIMO. En el siguiente alegato del recurso se indica que en la convocatoria del contrato específico sólo se recogen como criterios de adjudicación los evaluables de modo automático, prescindiendo de los criterios no automáticos consistentes en servicios de posventa y en la valoración funcional del producto.

En la cláusula 19.1.2 del PCAP del acuerdo marco –cuyo contenido ha sido reproducido en el fundamento de derecho séptimo de esta Resolución- ya se indica que los criterios que han de regir en la licitación de los contratos derivados se han de elegir de entre los expresados en la citada cláusula. Es decir, uno de los aspectos en que es posible la concreción en aras de la flexibilidad necesaria que demanda la nueva licitación alcanza, precisamente, a la elección de qué criterios, de entre los detallados en el acuerdo marco, deben regir para la adjudicación de cada contrato específico, lo cual responde, asimismo, a la necesidad de adecuar el proceso a las concretas necesidades que se quieren satisfacer con cada contrato específico.

Asimismo, el pliego del acuerdo marco fue en su día aceptado por el recurrente al presentar su oferta en el procedimiento de adjudicación de aquél, asumiendo desde aquel momento que en las licitaciones de contratos derivados pudieran elegirse por el órgano de contratación los criterios a aplicar, de entre los definidos en el acuerdo marco, por lo que ningún reproche legal puede hacerse a la elección efectuada en la licitación controvertida.

Procede, pues, la desestimación de este motivo del recurso.



UNDÉCIMO. Finalmente, alega el recurrente que en el PPT que rige la licitación del contrato basado en el acuerdo marco se establecen obligaciones de gestión medioambiental consistentes en la gestión, retirada, almacenaje, transporte y reciclaje o destrucción de los envases vacíos que resulten de la ejecución del contrato, cuyo gasto será por cuenta del adjudicatario. A juicio del recurrente, se trata de una obligación nueva no establecida en el acuerdo marco.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe sobre el recurso, expone que el PPT del acuerdo marco establece que serán por cuenta del adjudicatario los gastos derivados de la aplicación de los criterios de logística, distribución y entrega de los productos que se fijen en las respectivas convocatorias derivadas del acuerdo marco. La obligación establecida en el PPT del contrato basado en el acuerdo marco y que es cuestionada por el recurrente se considera incluida dentro de los gastos de logística.

En efecto, el apartado sexto del PPT que rige la licitación del contrato derivado señala que *<<(…) la empresa adjudicataria, en cumplimiento de la legislación medioambiental vigente, será responsable de la gestión, retirada y almacenaje, transporte, reciclaje o destrucción de los envases vacíos que resulten de la ejecución del contrato, corriendo de su cuenta los gastos que por estos conceptos pudieran generarse>>*

De otro lado, el apartado 2.2 del PPT del acuerdo marco señala que *<<Serán de cuenta del adjudicatario los gastos derivados de la aplicación de los criterios de logística, distribución y entrega de los productos que se fijen en las respectivas convocatorias derivadas del presente contrato>>*

No compete a este Tribunal analizar las obligaciones impuestas por el PPT del acuerdo marco a las empresas adjudicatarias. El citado pliego no es objeto de impugnación en esta sede y su contenido fue asumido y aceptado por quien ahora recurre.



La cuestión, pues, es sí, en efecto, pueden considerarse gastos de logística, los enumerados en la cláusula sexta del PPT del contrato derivado del acuerdo marco.

Al respecto, en la cláusula 20 del PCAP del acuerdo marco se señala que <<*Con carácter previo a la firma del contrato, el adjudicatario deberá cumplimentar, en su caso, para los productos en régimen de almacenaje y en tránsito, la ficha logística contenida en el Acuerdo de Desarrollo Logístico conforme al Anexo VII del presente pliego (...)>>*

El citado Anexo define el Acuerdo de Desarrollo Logístico como el conjunto de condiciones logísticas por las que se regulará el proceso de transferencia de mercancías desde el proveedor al Servicio Andaluz de Salud con Intercambio Electrónico de Datos (EDI).

Asimismo, el Anexo señala, de un lado, que se entiende como obligación contractual derivada de la compra del producto, las operaciones necesarias para la planificación, movilización física y entrega de la mercancía en las condiciones previstas en el PCAP, PPT y en el contrato y de otro, que, sin perjuicio de que por el Servicio Andaluz de Salud se establezcan directrices generales sobre gestión logística inversa, ambas partes acordarán el procedimiento para la recogida y retirada de mercancías objeto de devolución al proveedor.

Por consiguiente, en modo alguno puede darse la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que las obligaciones de gestión medioambiental establecidas en el PPT del contrato específico están incluidas dentro de los gastos de logística previstos en el acuerdo marco.

Ya hemos visto que las condiciones logísticas a que alude el anexo del PCAP del acuerdo marco se refieren al proceso de transferencia de la mercancía del proveedor al Servicio Andaluz de Salud, es decir, están relacionadas con el proceso de entrega y no con su retirada, almacenaje, transporte, reciclaje y



destrucción. Lo más que llega a preverse en el anexo citado es el proceso de recogida y retirada del producto para su devolución al proveedor, lo cual nada tiene que ver con la obligación aquí cuestionada, cuya finalidad es que el contratista gestione a su cargo todo el proceso de retirada, transporte, reciclaje o destrucción de los envases vacíos del producto suministrado.

A mayor abundamiento, también es cuestionable el carácter gratuito de esa prestación. En este sentido, el artículo 297.1 del TRLCSP establece que *“Salvo pacto en contrario, los gastos de entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista”*.

Así pues, la única previsión legal sobre gastos por cuenta del adjudicatario en un contrato de suministro es la relativa a gastos de entrega y transporte de los bienes al lugar convenido. Por ello, los gastos de gestión, retirada, almacenaje, transporte, reciclaje o destrucción de envases vacíos que resulten de la ejecución del contrato no son gastos que, en principio, deban asumirse legalmente por el contratista como propios del suministro contratado.

En este sentido, la Resolución 132/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, analizando una cláusula del PPT del acuerdo marco impugnado conforme a la cual la empresa adjudicataria debía hacerse cargo de los gastos originados por la recogida de las unidades caducadas, señala que *<<(…) no puede aceptarse que dicha prestación accesoria se imponga con carácter gratuito, sino que, como ya tuvo ocasión de indicarse en otro epígrafe precedente, debería considerarse la prestación de tal servicio accesorio retribuida con el precio unitario señalado para las distintas unidades objeto de suministro (…)>>*

En definitiva, pues, debe darse la razón al recurrente cuando arguye que la obligación de gestión medioambiental impuesta en el PPT del contrato específico es una obligación nueva a la que no se refieren los pliegos del acuerdo marco y que nuevamente excede del marco legal en que se asienta la figura analizada,



donde es posible precisar o concretar extremos del acuerdo marco, pero en modo alguno fijar términos, en este caso, obligaciones nuevas que, además, generan un gasto para el contratista más allá del que es asumible por disposición legal (artículo 297 del TRLCSP).

Procede, pues, la estimación de este último motivo del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION BV, SUCURSAL EN ESPAÑA** contra las condiciones reguladoras de la convocatoria del contrato denominado “Suministro de material de laparoscopia” basado en un previo acuerdo marco y tramitado por la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada), dependiente del Servicio Andaluz de Salud. En consecuencia, procede anular los extremos del cuadro resumen de la convocatoria y del PPT de la nueva licitación que han sido objeto de impugnación, atendándose para ello a lo expuesto en los fundamentos de derecho séptimo, octavo, noveno y undécimo de esta resolución, confirmando la validez del extremo del cuadro resumen impugnado a que se refiere el fundamento de derecho décimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada mediante Resolución de este Tribunal, de 24 de junio de 2013.



TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a la entidad recurrente y al Servicio Andaluz de Salud.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

