

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Resolución nº 99/2019

26 de julio de 2019

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 3 de mayo de 2019 de la Directora del Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud, se acordó iniciar el expediente de contratación relativo al procedimiento de adjudicación denominado “Suministro de tiras reactivas con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Aragonés de Salud”.

Se trata de un contrato de suministro, dividido en siete lotes, licitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 12 464 886,96 euros.

El día 29 de mayo de 2019, fue insertado en el perfil del contratante del Gobierno de Aragón el anuncio de licitación, en el que se establecía como fecha límite de presentación de proposiciones el día 18 de junio de 2019. Dicho anuncio se publicó asimismo en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el día 3 de junio de 2019.

Durante el plazo de presentación de ofertas se han presentado las siguientes empresas:

- “ABBOTT LABORATORIES, S.A.”.
- “DPP INTERNACIONAL, S.A.”.
- “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.”.
- “ROCHE DIABETES CARE SPAIN, S.L.U.”.
- “SUMINISTROS CLINICOS LANAU, S.L.”.

Segundo.- Con fecha 14 de junio de 2019, tuvo entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña. T.G.O., en representación de la mercantil “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.” frente a los pliegos que rigen el contrato de referencia.

Asimismo el día 17 de junio de 2019, tuvo entrada en el citado registro, recurso especial en materia de contratación interpuesto por don N.M.V. de A.L. en representación de la mercantil “JOHNSON&JOHNSON, S.A.” con las mismas pretensiones.

Los recursos alegan, en síntesis, la existencia de errores no subsanables en la redacción de los pliegos que rigen el procedimiento de contratación que hacen que dichos documentos no se ajusten a derecho, fundamentando lo siguiente:

- a) Se incluyen en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), en su cláusula 2, una serie de prestaciones obligatorias sin coste adicional, que desvirtúan el objeto del contrato y vulneran a juicio de los reclamantes, el principio de proporcionalidad que debe regir los procedimientos de contratación pública reconocido en los artículos 100.2 y 102 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 UE y 2014/24UE, de 26 de febrero de 2014, (en adelante LCSP).
- b) Los criterios de adjudicación establecidos en los Anexos XI y XII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (en adelante PCAP), valoran aspectos que, según las recurrentes, no están vinculados con el objeto del contrato.
- c) La redacción dada al PPT genera incertidumbre y dificulta al licitador la presentación de ofertas, principalmente en los Lotes 2 y 3.

Por todo lo alegado, solicitan la estimación de los recursos y que se dicte resolución por la que se anulen los pliegos, basada en la vulneración de los principios de transparencia y proporcionalidad requeridos en el artículo 145.5 de la LCSP así como los de igualdad y libre concurrencia recogidos en el artículo 1 de la citada Ley.

Tercero.- El Tribunal requirió al órgano de contratación, con fecha 17 de junio de 2019 la remisión del expediente de contratación completo y los informes a que hace referencia el artículo 56.2 de la LCSP.

La citada documentación se presenta el día 25 de junio de 2019 en el registro de este Tribunal.

Cuarto.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP se da traslado de los recursos al resto de interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para presentar alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

Quinto.- En los recursos mencionados se solicita como medida cautelar la suspensión del procedimiento.

Mediante Resolución 9/2019 de 24 de junio, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resuelve la concesión de la citada medida cautelar, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 de la LCSP.

Sexto.- Con fecha 24 de junio de 2019, se recibió en este Tribunal, mediante correo electrónico, escrito de doña G.P.C., en nombre y representación de la mercantil “ASCENSIA DIABETES CARE SPAIN, S.L.”, en el que anuncia de la interposición en oficina de correos sucursal número 17 de Málaga de un tercer recurso especial en materia de contratación frente al anuncio y pliegos del contrato referenciado, adjuntando copia del mencionado recurso. El día 1 de julio de 2019, es recibido en este Tribunal el recurso interpuesto.

La recurrente manifiesta, en síntesis, que tanto el anuncio de licitación como los pliegos impugnados incurren en infracciones graves de preceptos legales y reglamentarios y fundamentan lo siguiente:

- a) En el anuncio de licitación se imposibilita la presentación de la oferta por medios electrónicos lo que, a juicio de la recurrente, dificulta el acceso a la licitación.
- b) Se infringe el plazo de 15 días establecido legalmente para la presentación de ofertas, concretamente, el artículo 156 de la LCSP.
- c) Se infringen los artículos 16.3 a), 102 y 301 de la LCSP, en tanto que los pliegos obligan a entregar, además de tiras reactivas, cuantos medidores se soliciten, sin poder facturar y cobrar un precio cierto por los bienes entregados al no establecerse para los medidores un precio unitario ni tampoco una relación cuantitativa o ratio cierta entre las tiras reactivas y los medidores.
- d) El presupuesto de licitación no desglosa el coste de las diferentes prestaciones que impone el PPT, lo que supone una infracción del artículo 100 de la LCSP.
- e) Los pliegos, y en concreto, el PPT, hacen confluir en el objeto del contrato junto con la prestación de suministro, otras prestaciones que desvirtúan la naturaleza del contrato y lo convierten en un contrato mixto.
- f) No se establecen en los pliegos, parámetros objetivos para identificar cuando una oferta es considerada anormal o desproporcionada.

Por todo lo alegado, se solicita la estimación del recurso y que se dicte resolución por la que se anulen los pliegos recurridos, basándose en la vulneración de los principios establecidos en la LCSP para la elaboración de los contratos. Asimismo, solicita de este Tribunal la suspensión del procedimiento.

Séptimo.- Con fecha 3 de julio de 2019 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió –a la dirección de correo electrónico facilitada por la recurrente– la subsanación del escrito presentado a fin de que aportara el documento que acredite la representación, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Se presentó la documentación requerida el día 11 de julio de 2019.

Octavo.- El Tribunal requirió al órgano de contratación, con fecha 25 de junio de 2019, nuevamente la remisión del expediente de contratación completo y de los informes al que hace referencia, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo. 56.2 de la LCSP.

La citada documentación es remitida a este Tribunal con fecha 2 de julio de 2019.

Noveno.- A la vista del nuevo recurso interpuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, se da traslado de los recursos al resto de interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para presentar alegaciones. Finalizado dicho plazo el día 18 de julio del ejercicio corriente no se presenta ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter preliminar, este Tribunal quiere reseñar que analizados los escritos de los recursos, en los mismos se aprecia identidad en el objeto, siendo los argumentos de fondo coincidentes, por lo que su resolución, en cualquiera de ellos, produce efectos en los otros, lo que lleva a concluir que entre ellos existe la identidad sustancial o íntima conexión a que se refiere el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), por lo que procede, en aras del principio de economía procedimental, acumular los tres recursos para su resolución en un único procedimiento y mediante un solo acuerdo, conforme se establece en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPERMC).

Por tanto, siendo la acumulación de diversos recursos administrativos una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar por propia iniciativa, este Tribunal decide acordarla respecto de los recursos 69/2019, 70/2019 y 81/2019 para su resolución conjunta en un solo acuerdo.

SEGUNDO. Se acredita en el expediente la legitimación y representación de doña T.G.O. y de don N.M.V. de A.L., para interponer recurso especial en nombre de las mercantiles “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A” y de “JOHNSON & JOHNSON, S.A.” respectivamente, así como su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al ser ambos licitadores del procedimiento recurrido.

Respecto al recurso interpuesto por doña G.P.C., en nombre y representación de la mercantil “ASCENSIA DIABETES CARE SPAIN, S.L.”, se acredita en el expediente la legitimación de la citada mercantil para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, que prevé que «(p)odrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso».

En el presente supuesto, pese a que –de la documentación obrante en el expediente de contratación– se desprende que la recurrente no llegó a presentar oferta en el procedimiento licitatorio, habida cuenta tanto del objeto social que figura en sus estatutos sociales (que engloba, entre otras, las actividades en que consiste el objeto del contrato) como de las pretensiones ejercidas mediante el escrito de recurso, cabe reconocer legitimación a la citada empresa para recurrir pues, precisamente, los pliegos rectores de la licitación pueden irrogarle un perjuicio al que pretende poner remedio mediante la interposición del recurso y la eventual resolución favorable a sus intereses, todo ello de acuerdo con el criterio sentado al respecto por este Tribunal en Acuerdos como el 40/2013, de 1 de agosto y el 57/2019, de 8 de mayo.

TERCERO - También queda acreditado, que los recursos han sido interpuestos frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de aprobación de los pliegos, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación ex artículo 44.2.a) de la LCSP.

CUARTO.- Los recursos han sido formulados dentro del plazo de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que los pliegos han sido puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento o publicados conforme se dispone en el artículo 50.1 b) de la LCSP. Es decir, que los recursos según obra en el actuado se han presentado en tiempo y forma.

QUINTO.- Una vez resuelta la admisión de los recursos, procede entrar en el fondo del asunto sobre los motivos que esgrimen las recurrentes y que están directamente relacionados entre sí.

En primer lugar “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.” considera que los pliegos que rigen la licitación vulneran los principios rectores de la contratación pública. Y señala que en apartado B del Cuadro Resumen del PCAP, figura el objeto del contrato, siendo éste el suministro de tiras reactivas asociadas al código CPV 33124131-2. También indica que en el apartado D del mencionado Cuadro Resumen dedicado al «Presupuesto base de licitación», se menciona de forma expresa el sistema de determinación del precio mediante precios unitarios, con el detalle que figura en el Anexo IX del PCAP. Manifiesta también la recurrente, que el consumo estimado anual figura en el Anexo I del PPT, y concluye que, no obstante lo anterior, el apartado 2 del PPT incluye una serie de requisitos técnicos obligatorios que son de cuenta de la empresa adjudicataria, sin cargo alguno, según la descripción que figura en el mencionado apartado. Y a tal efecto indica que:

«Pues bien, puede apreciarse del extracto del PPT que se exige expresamente al adjudicatario la cesión gratuita de glucómetros, un plan de información sobre su uso, la dotación de baterías, el suministro de dispositivos de punción y de estuches para protección y transporte por cada glucómetro cedido, el suministro sin cargo del software necesario para la descarga y tratamiento de datos incluyendo el soporte técnico, su instalación y mantenimiento, un servicio gratuito de atención al cliente equipos e instrumental determinado y un plan de apoyo a la formación. Y no basta con eso si no que también se exige el mantenimiento y reposición de los glucómetros cedidos gratuitamente.

Pues bien, si recordamos la descripción del objeto del contrato que ofrecíamos al comienzo del presente este apartado del Fundamento de Derecho Primero, siendo éste el suministro de tiras reactivas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de Salud, es del entendimiento de esta representación que las exigencias relativas al suministro de productos o la prestación de servicios enumerados en el párrafo anterior sin coste alguno, recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, desvirtúan completamente el objeto de la convocatoria en tanto que exceden considerablemente del suministro de tiras reactivas, pues no se contempla como parte de la prestación principal, ni se define o desglosa presupuestariamente.»

La recurrente refiere los artículos 100.2 y 102 de la LCSP y defiende que a tenor de lo dispuesto en dichos preceptos se confirma «que todo aquello que se exija en el marco de un procedimiento de contratación pública que conlleve un coste ha de estar adecuadamente reflejado en el presupuesto base de licitación en favor de determinar un “precio cierto” a cualquier “prestación” que tenga lugar dentro del procedimiento.

Por todo ello, no puede sino determinarse la existencia de una indefinición en cuanto al coste atribuible a todos los suministros y servicios que conforme a los pliegos han de ser proporcionados sin coste alguno para la Administración y que resultan de obligado cumplimiento sin estar estos, como se ha demostrado, contemplados en el objeto del contrato.»

Por lo expuesto, la recurrente, en este caso “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.”, considera que la falta de concreción en el objeto del contrato conculca gravemente el principio de transparencia y acceso a las licitaciones, así como la previsión establecida en el artículo 99 de la LCSP vulnerándose el citado principio de transparencia, así como el de libre concurrencia, consagrados en el artículo 1 del citado texto legal.

En apoyo de sus argumentos trae a colación la resolución 148/2018, de 16 de mayo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante, TACPM) y el informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por último indica que en el PPT se solicitan prestaciones de naturaleza distinta a aquellas reflejadas en el objeto del contrato, en concreto se refiere a las obligaciones que tiene que asumir el adjudicatario del contrato, ya que según la redacción de la cláusula 2 del PPT se compromete al mantenimiento y reposición de los glucómetros, también le corresponde prestar un servicio gratuito de atención al cliente y la obligación concerniente al soporte técnico, instalación y mantenimiento del software «cuyo calado costes e implicaciones para el contratista no se definen de antemano con exactitud y claridad, (...) supone una vulneración de los principios de transparencia y proporcionalidad, generando a su vez una disfunción en el método de cuantificación del precio, en la medida en que el adjudicatario se ve obligado a asumir por entero dichos costes soportando una situación injusta, de gravosa onerosidad para la empresa que resulte adjudicataria. Esta situación comporta un claro desequilibrio económico para el potencial adjudicatario y el consiguiente enriquecimiento injusto del órgano de contratación», y además considera que las prestaciones que se han referido con anterioridad, tendrían la calificación de servicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la LCSP, por lo que el contrato debería de calificarse de mixto en atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la citada Ley.

El órgano de contratación se opone al recurso interpuesto y en el informe emitido al efecto justifica que todos los requerimientos solicitados (medidores, software, etc.) son parte imprescindible del objeto de la convocatoria y que su ausencia imposibilitaría el uso de las tiras reactivas y la gestión segura de información que generan para el control de los pacientes diabéticos. También justifica la necesidad de solicitar la información sobre las instrucciones de uso de los glucómetros ofertados para poder ser utilizados ya que manifiesta que sin dicha información no se asegura un uso adecuado y sin errores en el proceso de obtención de la muestra de sangre y de la interpretación de los datos.

En apoyo de estos argumentos refiere la Resolución 165/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y la Resolución 132/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

Asimismo, el órgano de contratación señala: «Por otra parte, no deja de sorprender que MENARINI recurra dichos aspectos. Desde la creación de esta Subdirección de Compras y Logística, el contrato de suministro de tiras reactivas se ha licitado, con esta convocatoria, en cuatro ocasiones. En ninguna de las anteriores licitaciones puso en duda ninguna empresa la vinculación directa de la cesión de los medidores, software y demás prestaciones con el suministro de las tiras.

...

Quedaría por tanto por demostrar si el Pliego de prescripciones técnicas que rige la contratación del suministro de tiras reactivas (PA/31/2019), adolece de una evidente falta de precisión a este respecto.

En cuanto al número de medidores a ceder por el adjudicatario de cada una de las partidas, el Pliego de prescripciones técnicas indica lo siguiente:

La empresa adjudicataria dotará inicialmente sin cargo alguno, como mínimo, los siguientes medidores:

<u>Lote</u>	<u>Código</u>	<u>Material</u>	<u>Cantidad</u>
1	90003047	Tira reactiva determinación de cuerpos cetónicos	600

Página 11 de 72

La expresión "como mínimo" indica la posibilidad de que las necesidades a cubrir sean superiores en función de que se precisara ejecutar una modificación del contrato, contemplada en el Anexo XVI del Pliego de cláusulas administrativas particulares y que, evidentemente, iría unida a un incremento proporcional de tiras reactivas a suministrar por el adjudicatario con el consiguiente beneficio de su parte. Es evidente además que la dotación de ese mínimo daría cumplimiento a lo establecido en el PPT, ya que no se obliga a una dotación mayor.

Obsérvese que en ningún momento se utiliza en el Pliego de prescripciones técnicas expresión alguna del tipo "se suministrarán el número de medidores que se precisen para la ejecución del contrato", ya que entiende éste órgano de contratación que ello vulneraría efectivamente lo dispuesto en los artículos 99 y 102 LCSP.

Vemos pues que queda precisado el número de medidores a aportar por el adjudicatario de cada una de las partidas.

Igualmente, entendemos que queda determinado en el PPT el número de dispositivos de punción y estuches a suministrar por el adjudicatario, al relacionarse directamente con el número de medidores:

El adjudicatario suministrará sin cargo un dispositivo de punción y un estuche para protección y transporte con cada glucómetro que ceda.

Cabe destacar que la gran mayoría de empresas que distribuyen tiras reactivas para la realización de glucemias capilares, proporcionan el glucómetro en un sencillo estuche que permite su protección y transporte, junto con un dispositivo de punción que permite la extracción de la muestra de sangre a través de un pinchazo. Frecuentemente las empresas distribuyen todos sus diferentes modelos de glucómetro en dicho estuche y con el mencionado dispositivo de punción (Figura 1).

...

En cuanto al software es importante que el Tribunal entienda la necesidad y su vinculación directa con el objeto del contrato. Así mismo, demostraremos que precisamente el requerimiento solicitado se ajusta a un estándar accesible a todas las empresas del mercado, a fin de garantizar, como se establece en el artículo 1 LCSP, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Desde del Servicio Aragonés de Salud con el objetivo de promover la prestación sanitaria óptima a sus pacientes y con motivación meramente clínica solicita que la información de medida de variables clínicas, en este caso la glucosa en sangre, llevada a cabo por la lectura realizada por los glucómetros pase a formar parte de la historia clínica de los pacientes. Esta historia tiene su implementación electrónica en el Servicio Aragonés de Salud en el aplicativo Guhara HCE, desarrollo propio del SALUD. Dado que GUHARA HCE es accesible desde todos los ámbitos sanitarios (Atención Primaria, Especializada, Urgencias, 061, etc.) permite que el personal asistencial cuente con la mayor información para llevar a cabo la mejor atención sanitaria a los pacientes. Así, a la historia clínica de los pacientes se incorporan de manera automática los datos capturados por los glucómetros, sin transcripciones manuales que puedan derivar en errores que pongan en compromiso la seguridad clínica de los pacientes.

Para llevar a cabo este objetivo, desde el Servicio Aragonés de Salud se requiere que este volcado de datos se base en un interfaz estándar HL7. La utilización de este estándar, que es el estándar de facto de la interoperabilidad de sistemas de información en el ámbito sanitario a nivel mundial, es requerida para el fomento de la concurrencia de esta licitación. Este estándar es promovido y dirigido por Integrating the Healthcare Enterprise, abreviado como IHE, iniciativa de empresas y profesionales de la sanidad cuya finalidad es mejorar la comunicación entre los distintos sistemas de información sanitarios. IHE es una

organización internacional sin ánimo de lucro, cuya finalidad es promover la adopción coordinada de estándares internacionales para lograr la interoperabilidad de los diferentes sistemas y aplicaciones utilizados en el ámbito sanitario. Es una iniciativa conjunta de usuarios de los Sistemas de Información Sanitarios (médicos, sociedades médicas, hospitales,) y de proveedores de dichos sistemas (empresas). Estos dos tipos de socios juegan diferentes roles en IHE: los usuarios son los encargados de definir los problemas de integración existentes, mientras que la industria se encarga de adoptar e implementar las propuestas de solución.

IHE no desarrolla nuevos estándares, sino que promueve el uso coordinado de estándares ya existentes, como DICOM, XML y HL7 para resolver necesidades específicas de los clínicos y mejorar la calidad de la atención a los pacientes.

Para ello edita los llamados 'Marcos Técnicos', documentos de referencia que definen qué estándares utilizar y cómo, en el ámbito de un escenario sanitario concreto y un flujo de trabajo claramente definido, uno de ellos (Patient Care Device) será el utilizado en la integración requerida. Los actuales miembros de IHE pueden consultarse en https://www.ihe.net/about_ihe/member_organizations/.

En lo referido a las distintas alternativas de integración citadas, en las que se menciona específicamente el API (Application Programming Interface) desde el Servicio Aragonés de Salud no se describe ni se requiere que el interfaz de integración esté basado en una u otra solución técnica, como podría ser desde el citado API, al uso de un Enterprise Application Integration (EAI) Middleware o incluso el desarrollo de un driver en cualquier tecnología, lo único que se fija como requisito técnico es que los mensajes intercambiados entre los sistemas de SALUD y el Manager estén basados en mensajería HL7 o FHIR como "lenguaje" estándar de intercambio de información, siendo cualesquiera estos interfaces.

El uso de un estándar posibilita, en todo caso, asegurar que el intercambio de información entre sistemas se realiza de forma consistente. Definiendo las instrucciones para el formato, los tipos de datos y las estructuras para que todos los sistemas tengan unas reglas comunes para compartir la información clínica.

Por todo lo dicho, concluimos que:

- El objeto del contrato está perfectamente determinado, en función de las necesidades que se pretenden satisfacer.
- El precio es un precio cierto, estando perfectamente definidos todos los parámetros precisos para su obtención.

- El órgano de contratación ha cuidado, atendiendo a lo establecido en el artículo 102.3 LCSP, de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe. Así, el Incremento de Precios al Consumo (IPC) acumulado en los años 2015 hasta 2018 ha sido de un 3,9%, mientras que el precio del contrato se ha incrementado un 6,96% (Ver Anexo 11).
- Todos los requisitos exigidos en el Pliego de prescripciones técnicas están directamente vinculados con el objeto del contrato, el suministro de tiras reactivas, careciendo de toda lógica y operatividad su contratación independiente. Aun a riesgo de repetirnos, tiene que quedar claro que los glucómetros tienen que ser compatibles con la tira adjudicada, de la misma manera que el manual de instrucciones y el software o sistema de gestión se relaciona con el medidor».

Este motivo expuesto, se encuentra directamente relacionado con el primer motivo de recurso esgrimido por “JOHNSON & JOHNSON S.A.”, en el que se aprecia una evidente coincidencia en la redacción con el recién extractado de la otra recurrente al que nos remitimos para evitar reiteraciones y en el que igualmente se concluye que los pliegos imponen unas obligaciones al adjudicatario que sobrepasan el ámbito propio de un contrato de suministro, lo que, a su juicio, supone una vulneración de los principios de transparencia y proporcionalidad, generando una disfunción en el método de cuantificación del precio.

En apoyo de su tesis trae a colación la Resolución 65/2019, de 30 de mayo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, así como la Resolución 237/2019, de 15 de marzo del TACRC.

Por último “JOHNSON & JOHNSON S.A.”, manifiesta que:

«Adicionalmente, hemos de considerar las consecuencias jurídicas que comporta en este caso la no inclusión, tanto en el anuncio de licitación como en los pliegos, de los CPVs correspondiente a todas las prestaciones que abarca el presente expediente de contratación. En efecto, esta falta de concreción en el objeto del contrato conculca gravemente el principio de transparencia y acceso a las licitaciones, al tiempo que incumple la previsión establecida en el artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:

“1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única.”

El incumplimiento de la previsión contenida en este artículo 99, es especialmente grave por cuanto impide a los licitadores configurar su oferta con las garantías previstas en la normativa de contratación pública

produciéndose de esta forma la vulneración del principio de transparencia y libre concurrencia proclamados en el artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público».

A tal efecto refiere el Acuerdo 85/2015, de 10 de agosto, de este Tribunal administrativo y la Resolución nº 145/2018, de 9 de mayo de 2018, del TACPM. Y por último manifiesta que: «Cabe concluir, por tanto, que las entidades adjudicadoras deben identificar los CPVs que respondan a sus necesidades con la mayor precisión posible permitiendo así a los licitadores determinar la posibilidad o no de licitar, todo ello en favor de los principios de transparencia, publicidad y concurrencia que deben regir los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, en el presente caso el órgano de contratación ha obviado los CPVs correspondientes a la totalidad de suministros y servicios que comprenden las prestaciones reales del contrato, esto es, glucómetros, dispositivos de punción, software, servicios de mantenimiento, servicios de atención al cliente y servicios de formación.»

El órgano de contratación por su parte en el informe emitido a resultas de este segundo recurso esgrime idénticos argumentos que los ya señalados en el recurso interpuesto por “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A” y que se dan por reproducidos por razones de economía procesal.

En cuanto al tercero de los recursos presentados, el interpuesto por “ASCENSIA DIABETES CARE SPAIN S.L” la recurrente sobre este concreto motivo de recurso coincide con las otras dos actoras y en su alegación séptima indica: «El presupuesto de licitación no desglosa el coste de las diferentes prestaciones que impone el PPT. infracción del artículo 100 de la LCSP. Doctrina sentada por ese Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su reciente Acuerdo 18/2019» y a este respecto señala que: «estas entregas se tienen que hacer en localidades distintas y distantes de la geografía aragonesa: Zaragoza, Calatayud, Huesca, Barbastro, Teruel, Alcañiz.

Pese a todo ello, ni en el PCAP ni en ninguno de los documentos del expediente de contratación (memoria justificativa, resolución de inicio del expediente, resolución de aprobación del expediente, etc.) se desglosan ni detallan los costes de transporte....

Así, en primer lugar, y tal y como ya hemos expuesto, el PPT establece que el contratista, en los lotes 1 a 5, deberá entregar medidores, señalando unas cantidades de medidores a entregar e indicando que esas cantidades se fijan como “dotación inicial” y “como mínimo”.

Ni en el PCAP ni en ninguno de los documentos del expediente de contratación (memoria justificativa, resolución de inicio del expediente, resolución de aprobación del expediente, etc.) se desglosan ni detallan los costes de los medidores que habrán de entregarse. Y ello es especialmente grave porque, como hemos expuesto en la alegación anterior, no se establece una ratio cierta entre la tiras reactivas a entregar (que son

las únicas que tiene fijado un precio cierto) y los medidores (que se han de entregar “sin cargo”, lo que es ilegal – pues los contratos públicos son, por esencia, onerosos-, salvo que se entienda que los medidores se retribuyen con una parte alícuota del precio de las tiras pero, en ese segundo caso, el precio en el contrato que nos ocupa deviene incierto ante la falta de fijación de una ratio cierta entre las tiras reactivas y los medidores).

El PCAP, en su Anexo II, en el que habría de indicarse el presupuesto base de licitación, desglosando los costes directos, los costes indirectos y otros eventuales gastos considerados para la determinación de dicho presupuesto, lo único que hace es indicar que todo el importe corresponde a costes directos en concepto “materiales a suministrar”, sin más detalle ni desglose, y señalar como coste indirecto el IVA del referido importe. Eso es todo.

La incertidumbre, en lo que se refiere a los medidores es total y absoluta.

En segundo lugar, el PPT (página 1) impone al contratista en los lotes 1 a 5 la obligación de asumir el mantenimiento y reposición de los medidores o glucómetros y la dotación de las baterías necesarias para su uso: no establece ningún límite o referencia al alcance de ese mantenimiento y reposición (que queda absolutamente indeterminado, con lo que el contratista asumiría una obligación de mantenimiento y reposición ilimitada, hasta donde el órgano de contratación tenga a bien requerir, de acuerdo con su única voluntad –lo que nuevamente es ilegal, pues supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes-), ni tampoco establece ningún límite o referencia al alcance de la dotación de baterías (lo que, igualmente, queda absolutamente indeterminado, quedando el cumplimiento del contrato al arbitrio de la Administración, que podrá requerir todas las que estime oportuna –sin pagar precio por ello y sin que se haya establecido una ratio cierta de baterías a entregar respecto de las tiras reactivas que tienen fijado el precio, por ejemplo, 1 batería cada 1.000 tiras-).

Ni en el PCAP ni en ninguno de los documentos del expediente de contratación (memoria justificativa, resolución de inicio del expediente, resolución de aprobación del expediente, etc.) se desglosan ni detallan los costes de mantenimiento y reposición de medidores, ni de las baterías cuya entrega se impone al contratista.

En tercer lugar, el PPT (página 1) impone al contratista en los lotes 1 a 5 la obligación de suministrar “sin cargo un dispositivo de punción y un estuche para protección de transporte con cada glucómetro que ceda”.

Al vincularse la entrega de ese dispositivo y de ese estuche a cada medidor o glucómetro a entregar en cesión, esta obligación adolece de los mismos vicios expuestos (en la anterior alegación y en esta) respecto de los medidores o glucómetros.

Y, nuevamente, ni en el PCAP ni en ninguno de los documentos del expediente de contratación (memoria justificativa, resolución de inicio del expediente, resolución de aprobación del expediente, etc.) se desglosan ni detallan los costes de los dispositivos de punción y estuches cuya entrega se impone (sin cargo) al contratista.

En cuarto lugar, el PPT (página1) impone al contratista en los lotes 1 a 5 la obligación de “suministrar sin cargo el software necesario para la descarga y el tratamiento de datos, así mismo se responsabilizará tanto del soporte técnico como de su instalación y mantenimiento siempre que sea solicitado durante toda la vigencia del contrato”.

De nuevo, ni en el PCAP ni en ninguno de los documentos del expediente de contratación (memoria justificativa, resolución de inicio del expediente, resolución de aprobación del expediente, etc.) se desglosan ni detallan los costes de todas estas obligaciones.

En quinto lugar, el PPT (páginas 1 y 2) impone al contratista en los lotes 1 a 5 “un servicio gratuito de atención al cliente, con amplio horario que atienda a las dudas de manejo o errores que puedan surgir al usuario profesional y al paciente”, “un plan de información sobre el uso de los glucómetros ofertados destinado a profesionales sanitarios durante los tres primeros meses de vigencia del contrato”, y un “plan de apoyo a la formación en educación sanitaria en diferentes aspectos de la diabetes”.

Nuevamente, ni en el PCAP ni en ninguno de los documentos del expediente de contratación (memoria justificativa, resolución de inicio del expediente, resolución de aprobación del expediente, etc.) se desglosan ni detallan los costes de todas estas obligaciones».

Además la recurrente en relación con lo que se acaba de exponer advierte la existencia de:

«Infracción de los artículos 16.3.a), 102 y 301 de la LCSP: lo pliegos obligan a entregar, además de las tiras reactivas (respecto de las que sí se establece un precio cierto unitario), cuantos medidores se soliciten, sin poder facturar y cobrar un precio cierto por los bienes entregados (no establece para los medidores un precio unitario; ni tampoco una relación cuantitativa o ratio cierta entre las tiras reactivas y los medidores, pues advierte que habrá de entregar esos medidores “como mínimo”).

Para fundar sus argumentos cita la Sentencia de 17 de junio de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la Resolución 65/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, la Resolución 8/2018 de la Comisión Jurídica de Extremadura, la Resolución 165/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la

Comunidad de Madrid, la Resolución 115/2013 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y la Resolución 132/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La recurrente en un prolijo escrito de recurso detalla las dos prestaciones que se imponen al adjudicatario del contrato, una la concerniente al suministro de tiras reactivas para determinación de glucosa en sangre y de cuerpos cetónicos en sangre (Lotes 1 a 5) y por otra parte, manifiesta: «Por lo que se refiere a la prestación de suministro de los medidores: los pliegos imponen al contratista también la obligación de entregar, de salida y como mínimo, pudiendo exigírsele más medidores si se estima necesario. Sin embargo, no se fija para estos productos un precio unitario: el contratista no puede facturar precio alguno por razón de estos productos (un precio unitario por medidor, o un precio unitario por día de cesión de cada medidor). De esta manera, los pliegos aquí impugnados incurrirían, en principio, en infracción del art. 301 LCSP (artículo 293 TRLCSP), pues impone al contratista la obligación de entrega de esos bienes sin fijar un precio que el contratista pueda cobrar por cada uno de estos productos que entregue. Y no puede olvidarse en este punto que los contratos públicos y, por tanto, los contratos administrativos, son por esencia contratos onerosos; y que esta nota, como advierte la Resolución 148/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid “concorre tanto si los bienes se suministran o entregan transmitiendo su propiedad, como si se entregan en esa modalidad de cesión de uso (que no sería otra cosa que un arrendamiento – entrega de la posesión del bien para su uso-, calificado expresamente por el art. 16 de la LCSP como una de las figuras que se integran en la categoría de contrato administrativo de suministro)”.

En el caso de que se entienda que los medidores se retribuyen con el precio unitario que se factura por las tiras reactivas, las referidas previsiones de los pliegos incurren en infracción del art. 102.1 LCSP (artículo 87 TRLCSP), por cuanto contraviene la exigencia de precio cierto.

Y es que si la retribución o precio de esos bienes (esto es, los medidores) se ha de entender repercutido en el precio de las tiras reactivas, para que ese precio o retribución cumpla con la exigencia de certeza impuesta por la ley es necesario que fije una ratio (relación cuantitativa o cociente) también cierta con las tiras suministradas: y esto es precisamente lo que no ocurre en el presente caso, pues no se establece ninguna ratio sino una cantidad alzada, respecto de la que se indica que son los medidores que se habrán de entregar “como mínimo”, pudiendo los centros requerirle la entrega de más medidores.

Al no fijarse una ratio cierta (pues se fija una cantidad de medidores a tanto alzado, indicando que es la que ha de entregarse “como mínimo”) entre las tiras suministradas y los medidores a entregar, el precio o retribución de esos bienes deviene incierto, pues el precio o retribución real y efectiva que el contratista obtiene por cada tira reactiva y medidor se irá haciendo menor a medida que sean más los medidores que la Administración tenga a bien reclamar o solicitar...».

A continuación, refiere distintas sentencias y resoluciones de órganos encargados de la resolución de recursos contractuales según han quedado transcritos anteriormente.

Por su parte el órgano de contratación en el informe emitido con ocasión de este último recurso, de un lado transcribe lo expuesto en los informes de contestación a los recursos emitidos por las empresas "MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A." y "JOHNSON & JOHNSON, S.A.", en lo relativo a la vinculación directa del contrato de los medidores y demás prestaciones requeridas en los pliegos, así como al precio cierto. Además el citado órgano de contratación señala:

«Para concluir este apartado, nos vemos en la obligación de informar a ese Tribunal que, pese a la conclusión a la que han llegado diversos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales de proponer una ratio en función del número de tiras a consumir, ello entendemos obedece al desconocimiento sobre el objeto del contrato mismo. El número de medidores no depende del número de tiras consumidas, si no del número y tipo de pacientes diabéticos usuarios de medidores, es decir, que se autocontrolen, ya que no todos los pacientes se realizan autocontrol (90000658), o de la dotación precisa en los Centros sanitarios para atender a pacientes diabéticos (90000656), ya que con un único medidor se atienden muchos pacientes.

Evidentemente, si se incrementa el número de pacientes se incrementará el número de tiras consumidas, pero la dotación necesaria de medidores irá exclusivamente en función del número de pacientes que haya que dar de alta o de baja, y no del número de tiras que consuma cada uno de ellos.

Por ello, entendemos que el establecimiento de una ratio que vincule número de tiras con número de medidores es un gravísimo error que no tiene en la práctica ningún sentido, siendo mucho más adecuado, como ha efectuado esta Subdirección, solicitar un número de medidores concretos en función de las dotaciones existentes en la actualidad.

En resumen, la ratio "cierta" no es posible, ya que existen variables que no puede controlar el órgano de contratación como es el incremento del número de diabéticos en los próximos cuatro años. Lo que sí puede asegurar este órgano de contratación es que, en los tres expedientes precedentes siempre ha habido un incremento del importe inicial contratado, por lo que es palmario que, lejos de suponer un quebranto para el contratante, supone un aumento del beneficio esperado.

Es más, si se fijara una ratio vinculando el número de medidores con el número de tiras licitadas (sin entrar en detalles sobre la cifra a tener en cuenta en el número de tiras: anuales, según la vigencia inicial, según la vigencia incluidas' las sucesivas prórrogas), al no tener en realidad dicha vinculación ningún sentido real, se produciría un desabastecimiento de medidores o un exceso de los mismos, con las consecuencias evidentes

para la salud de aquellos pacientes que quedaran desabastecidos en el primer caso y para la economía de las empresas en el segundo.

Denunciamos igualmente la gravedad de los argumentos a favor por parte de las recurrentes a este expediente, ya que en el caso de estas empresas no se puede alegar ignorancia. Ello es evidente signo de la mala fe con la que actúan las empresas recurrentes movidas por la defensa de una estrategia comercial basada en exclusiva en la consecución de sus propios intereses.»

En cuanto a la alegación de que el presupuesto de licitación no desglosa el coste de las diferentes prestaciones que impone el PPT, el órgano de contratación manifiesta:

«En este apartado toma de base la recurrente el Acuerdo 18/2019 del TACPA, sobre un recurso interpuesto contra los pliegos de un contrato de suministro de productos dietoterápicos con destino a los Centros sociales de la Comunidad Autónoma de Aragón, en un número aproximado de 300 Centros

En primer lugar, hacer constar que la diversidad de Centros, en este caso almacenes, en el caso que nos ocupa, es diametralmente la opuesta a la de aquel expediente. En el Pliego de prescripciones técnicas se establece, en cuanto al lugar de entrega:

A partir de enero de 2019 hasta mayo de 2020, el almacén de la Plataforma Logística del Servicio Aragonés de Salud (PLS) está asumiendo progresivamente el suministro de material a los diferentes Sectores sanitarios con el siguiente calendario:

<i>Sector Zaragoza II (Hospital Miguel Servet)</i>	<i>Enero 2019</i>
<i>Sector Zaragoza I (Hospital Royo Villanova):</i>	<i>Junio 2019</i>
<i>Sector Zaragoza I (Hospital Ntra. Sra. de Gracia):</i>	<i>Junio 2019</i>
<i>Sector Zaragoza II/ (Hospital Lozano Blesa):</i>	<i>Septiembre de 2019</i>
<i>Sector Calatayud (Hospital Emes/ Lluch):</i>	<i>Noviembre de 2019</i>
<i>Sector Huesca (Hospital San Jorge):</i> <i>2019</i>	<i>Diciembre de</i>
<i>Sector Barbastro (Hospital de Barbastro):</i> <i>2020</i>	<i>Febrero de</i>
<i>Sector Teruel (Hospital Obispo Polanco):</i>	<i>Marzo de 2020</i>
<i>Sector Alcañiz (Hospital de Alcañiz):</i>	<i>Mayo de 2020</i>

Es decir, el Almacén de la Plataforma Logística del Servicio Aragonés de Salud a fines de año habrá asumido la totalidad de la provincia de Zaragoza (aproximadamente el 75% del gasto) y en mayo de 2020 la totalidad de las entregas de estos productos en la Comunidad de Aragón.»

Por lo tanto, las empresas adjudicatarias lo que obtendrán con este contrato será un ahorro de sus costes de transporte al efectuarse la entrega en un único punto y no en nueve como hasta ahora venía ocurriendo.

Si se nos permite, hemos de comentar que el acuerdo adoptado en relación con la obligación de desglosar los costes del transporte no es asumible. Y ello por las razones expuestas en el informe emitido en su momento, así como por la imposibilidad total de su cumplimiento, como vamos a intentar a explicar.

Transcribimos la definición coste directo e indirecto:

Coste directo: Coste de las materias primas para elaborar el producto, coste del transporte de cada producto que se lleva desde la empresa hasta el comprador, valor de la comisión que se paga al vendedor por la venta de un producto, mano de obra de los trabajadores que se dedican específicamente a ese producto,...

Coste indirecto: Coste de las materias primas para elaborar el producto, coste del transporte de cada producto que se lleva desde la empresa hasta el comprador, valor de la comisión que se paga al vendedor por la venta de un producto, mano de obra de los trabajadores que se dedican específicamente a ese producto,...

Consumo de energía de la empresa, mano de obra de las personas que trabajan fabricando varios productos en la empresa, costes generales de personal, que son aquellos que no participan en la fabricación del producto en cuestión pero son necesarios para el funcionamiento de la empresa, como comerciales, administrativos, supervisores y otros muchos profesionales,...

Partiendo de esa definición, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿cómo puede el órgano de contratación desglosar unos costes que le son ajenos? Esta es una pregunta a la que a éste órgano de contratación ninguna de las instancias consultadas al respecto {Intervención, Unidad de Contratación, Junta Consultiva} ha podido dar la mínima respuesta. De hecho, no ha sido posible volver a licitar el contrato de suministro de productos dietoterápicos al estar pendiente de dar respuesta a esa pregunta; y ello pese al interés que tiene su convocatoria para esta Comunidad, ya que el ahorro estimado era de 400.000 euros anuales sobre el gasto actual.

Expresaba ese Tribunal en el Acuerdo mencionado.....

- La distancia de sus puntos de fabricación o distribución hasta el Almacén de la Plataforma Logística del SALUD. Es evidente, que un transporte de la ciudad de Huesca a Zaragoza no tiene el mismo coste que si el lugar de origen se encuentra en Cádiz.
- El número de partidas adjudicadas. Cuantas más partidas tuviera adjudicadas más podría concentrar la entrega de los pedidos.
- La empresa transportista con la que tuvieran contratado el servicio el adjudicatario, ya que podría ser más o menos económico.
- La posibilidad de que tuvieran más o menos productos distintos a los del objeto del contrato adjudicados en otros expedientes, circunstancia que, cuando se trata de suministro de material sanitario, es muy habitual, con lo que en el mismo transporte se podrían entregar una diversidad de materiales.

Es más, aun en el caso de poder adivinar las circunstancias descritas, habría que adivinar el número de pedidos a emitir a lo largo del contrato, enfrentándonos así con otra imposibilidad manifiesta. Volvemos a recordar que estamos ante un contrato de suministros de los definidos en el artículo 16.3.a) LCSP.

En definitiva, entendemos que una interpretación rigurosa de la norma en el caso de contratos de suministros (insistimos, no se trata de obras o servicios donde el coste de la mano de obra sea el principal y permita determinar el mismo en base al convenio colectivo preceptivo), avoca a un callejón sin salida: la paralización de la tramitación administrativa de este tipo de contratos, no quedando otra salida que la contratación menor. A este respecto indicar que el volumen del Capítulo II del Servicio Aragonés de Salud, asciende a 485.000.000 €, quedando excluido en el mismo el presupuesto dedicado al suministro de fármacos.

Así mismo, acogiéndose al mismo Acuerdo de ese Tribunal, la recurrente expresa su disconformidad al establecimiento en el PPT de la cláusula que permite al órgano de contratación emitir pedidos sin fijar un mínimo en su importe.

La inclusión de la citada cláusula en los pliegos de prescripciones técnicas por parte de esta Subdirección, viene justificada por la actitud amenazante de muchas empresas que, una vez que han sido adjudicatarias, se niegan a servir pedidos por un importe mínimo de 200, 300,... euros, lo que evidencia un claro incumplimiento contractual, con los problemas que ello implica.

Cierto es que no haría falta la inclusión de la cláusula para entender su: obligado cumplimiento, ya que el proveedor queda obligado a la entrega del pedido que se realice, independientemente del importe del mismo, y ello a tenor de lo establecido en el artículo 16.3.a) LCSP que establece que, en todo caso, se considerarán contratos de suministro:

a) 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.

En todo caso, entendemos que la citada cláusula en modo alguno vulnera ningún precepto legal en la normativa contractual aplicable.

Por otra parte, resulta ridícula la alegación de ASCENSIA tanto en este aspecto como en la "falta de previsión máxima y mínima de pedidos urgentes", (como si fuera éste un parámetro de posible determinación), ya que precisamente en este contrato y, como ya se ha indicado teniendo en cuenta la implementación del almacén de la Plataforma Logística en toda la Comunidad, cada pedido asciende a cientos o miles de euros. Hay que recordar que el importe anual del contrato es de casi 2.300.000 euros.

Esta apuesta por la centralización de la logística en un único Almacén General supone una reducción importante en los costes de transporte que asumen las empresas contratistas y que debe tenerse en consideración en el cálculo del precio ofertado.

Así mismo, y por los motivos explicados en la alegación SEXTA: expresar "la incertidumbre, en lo que se refiere a los medidores es total y absoluta", refleja una distorsión de la realidad, esta sí absoluta, que entendemos debería ser penalizada.

Al igual que cuando se alega que "no se establece ningún límite o referencia al alcance de ese mantenimiento y reposición, asumiendo el contratista una obligación de mantenimiento y reposición ilimitada". Por el contrario, se trata de una obligación muy determinada: la reposición de aquellos medidores que no funcionen y de sus fuentes de alimentación. Quien tiene conocimiento sobre la duración de las baterías de cada medidor es el contratista, no el órgano de contratación, para quién sí que es indeterminado conocer el futuro adjudicatario y, en consecuencia, la tecnología que aporta y el tipo de alimentación que contiene (batería recargable, batería convencional, etc.»)

Expuestas las alegaciones de las partes, en el presente caso resulta que –a tenor de los pliegos que rigen la contratación– nos encontramos ante un contrato de suministro continuado cuya duración -según apunta el

apartado H del cuadro resumen del PCAP- está fijada «del 1 de septiembre de 2019 al 31 de diciembre de 2022», y con una prórroga prevista «Del 1 de enero de 2023 al 31 de agosto de 2024».

Examinado el expediente administrativo en el mismo figura el informe relativo a la justificación de la necesidad del objeto del contrato y por lo que aquí interesa se indica lo siguiente:

«Análisis de precios. -

El precio del contrato refleja la política de contención del gasto que lleva a cabo esta Subdirección de Compras y Logística, logrando con la equiparación de precios entre los diversos Centros del Servicio Aragonés de Salud una reducción del gasto en este material sin menoscabo de la calidad asistencial.

Para determinar los precios de licitación de los expedientes de contratación tramitados desde esta Subdirección de Compras se sigue la siguiente metodología de trabajo:

1. El estudio de mercado contempla los precios reales de todos los Sector.es sanitarios de la Comunidad; que se reflejan en el Plan de necesidades inicial y que contempla los precios mínimos por cada uno de los materiales y Sector sanitario en el periodo de referencia que se aplica (un año).
2. Por esta Subdirección se analizan los precios que ofrece el Plan de necesidades inicial que selecciona los precios mínimos entre aquellos con los que se compra en los diversos Sectores sanitarios cada uno de los materiales, teniendo en cuenta que la referencia del producto se ajuste a las prescripciones técnicas con las que se define ese material. Para comparar los precios entre Sectores se comprueba también que se correspondan con el mismo tipo de unidad (unidad, caja de 50 unidades, ...).

En este acuerdo marco no se propone ningún ahorro en la licitación del mismo, ya que en general, se mantienen los precios de compra actuales. Sin embargo, ante la imposibilidad de poder mantener el precio de las tiras correspondientes a los códigos 90000658 "Tira reactiva para determinación de glucemia para uso de paciente" y 90000656 "Tira reactiva para determinación de glucemia para uso profesional", se ha efectuado una prospección de mercado sobre licitaciones de diversas administraciones que se detallan:

- Consejería de Salud Islas Baleares.
- Consorci Sanitari de Terrasa
- Región de Murcia
- Consorci de Salut i Social de Catalunya
- Servicio Madrileño de Salud

En función de los resultados de dicho análisis se ha determinado el siguiente incremento en las citadas partidas:

Código 90000658: 8,42%

Código 90000656: 9,34%.

En Anexo IV a este informe se refleja la comparación del gasto anual actual en los Centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud (2.138.612,37 €) y el gasto anual estimado con la convocatoria de este expediente (2.287,452,60 €), tomando como referencia las cantidades convocadas por anualidad. Dicho estadillo presenta un incremento estimado (los precios del contrato son precios máximos de licitación, con lo que la adjudicación presumiblemente rebajará el coste anual) anual de 148.840,23 € (6,96%).

Hay que hacer constar que el mayor ahorro se consigue con la tramitación del primer expediente sobre los materiales objeto del contrato, ya que previamente a la entrada en vigor del mismo cada Centro sanitario estaba comprando a unos precios distintos que, en algunos casos, son muy diferentes. Por otra parte, la agregación de la demanda permite a las empresas aplicar unos precios en las ofertas más ventajosos.

...»

A su vez, la cláusula 2 del PPT en lo que atañe a estos recursos dice como sigue:

«2.- PRESCRIPCIONES TÉCNICAS DE LOS PRODUCTOS.

Ver Anexo I.

La información del producto, tanto en los envases como en las fichas técnicas e instrucciones de uso, deberá figurar en español.

Lotes 1 a 5:

La empresa adjudicataria dotará inicialmente sin cargo alguno, como mínimo, los siguientes medidores:

<i>Lote</i>	<i>Código</i>	<i>Material</i>	<i>Cantidad</i>
1	90003047	Tira reactiva determinación de cuerpos cetónicos .	600
2	90000657	Tira reactiva glucemia con calculador de bolo	1.000
3	90000656	Tira reactiva determinación glucemia uso profesional	4.000
3	90000658	Tira reactiva determinación glucemia uso paciente	47.000
4	90003062	Tira reactiva determinación glucemia para neonatos	150
5	90003048	Tira reactiva determinación glucemia paciente invidente	65

El adjudicatario se comprometerá al mantenimiento y reposición de los glucómetros y a la dotación de las baterías necesarias para su uso, sin coste adicional.

El adjudicatario suministrará sin cargo un dispositivo de punción y un estuche para protección y transporte con cada glucómetro que ceda.

El adjudicatario deberá suministrar sin cargo el software necesario para la descarga y tratamiento de datos, así mismo se responsabilizará tanto del soporte técnico como de su instalación y mantenimiento siempre que sea solicitado, durante toda la vigencia del contrato.

El adjudicatario deberá ofrecer un servicio gratuito de atención al cliente, con amplio horario que atienda a las dudas de manejo o errores de funcionamiento que puedan surgir al usuario profesional y al paciente.

El adjudicatario deberá ofrecer un plan de información sobre el uso de los glucómetros ofertados destinado a profesionales sanitarios durante los tres primeros meses de vigencia del contrato y en coordinación con las Direcciones de Enfermería de cada hospital y Atención Primaria. Así mismo, deberá ofrecer un plan de apoyo a la formación en educación sanitaria en diferentes aspectos de la diabetes (material audiovisual, dpticos, folletos,...) tanto para profesionales sanitarios como para pacientes.

Los glucómetros ofertados deberán cumplir las siguientes características y requisitos:

.....

Lotes 2 y 3.

El licitador de ambos lotes deberá cumplir las prescripciones técnicas reflejadas en el Anexo II al PPT: "Requisitos de interoperabilidad y de arquitectura de sistemas"».

En el PCAP, en concreto, en el Apartado D del cuadro-resumen figura el presupuesto base de licitación del contrato y en el apartado E el valor estimado. Dichos conceptos económicos vienen regulados en la cláusula 2 de citado documento que a su vez remite al Anexo II en el que figura el desglose de costes directos e indirectos con el siguiente detalle:

« PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN

« PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN
Artículo 100.2 LCSP
(Especificar para cada lote, en su caso)

▢ Desglose costes directos e indirectos

Costes Directos (€)	
Materiales a suministrar	6.924.908,37 €
TOTAL	

Costes Indirectos (€)	
Impuesto del valor añadido (IVA)	699.829,04 €
TOTAL	

▢ Desglose de costes salariales de mano de obra:

Costes por desagregación	Costes por categoría laboral
TOTAL	TOTAL

▢ Importe del incremento del número de unidades (solo en caso de precios unitarios):»

En la LCSP, es el artículo 100 el que regula el presupuesto base de licitación, siendo del siguiente tenor literal:

«1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del

precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia».

Por su parte el artículo 102 de la LCSP en cuanto a los apartados que aquí interesan establece lo siguiente:

«1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente.

2. Con carácter general el precio deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean.

No obstante lo anterior, en los contratos podrá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta del euro. En este supuesto se expresará en la correspondiente divisa el importe que deba satisfacerse en esa moneda, y se incluirá una estimación en euros del importe total del contrato.

3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

4. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato.

5. Los precios fijados en los contratos del sector público podrán ser revisados en los términos previstos en el Capítulo II de este Título, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas de costes que acaezcan durante la ejecución del contrato.

6. Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso.»

A su vez, el artículo 301 del citado texto legal señala:

«1. El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.

2. En el contrato de suministros en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c).3.º, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.»

Las actoras denuncian que en la cláusula 2 del PPT se exija al adjudicatario del contrato la prestación de una serie de servicios sin coste alguno lo que, a su juicio, desvirtúa el objeto del contrato al no estar definidas ni presupuestadas las prestaciones adicionales que se señalan en la mencionada cláusula provocando una indeterminación en el precio del contrato.

El órgano de contratación en los informes emitidos a resultas de los recursos interpuestos justifica de forma motivada todas y cada una de las exigencias recogidas en la cláusula 2 del PPT como parte imprescindible del objeto del contrato y toma como referencia la Resolución 132/2013, de 5 de abril del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) para justificar, según expone, la precisión del PPT en cuanto al presupuesto de la licitación y el objeto del contrato y para ello, tal y como se ha transcrito anteriormente, explica el alcance de la expresión « como mínimo» cuando el citado documento señala: «La empresa adjudicataria dotará inicialmente sin cargo alguno, como mínimo, los siguientes medidores: ...» en cuanto a que se refiere a la posibilidad de modificar el contrato contemplada en el Anexo XVI del PCAP dedicado a las modificaciones contractuales previstas para el caso de que las necesidades reales fueren superiores a las estimadas inicialmente, con un porcentaje máximo del importe adjudicado del 20%.

Sin embargo ni en los citados informes del órgano de contratación, ni tampoco en la documentación preparatoria del expediente de contratación, figura el desglose correspondiente a las prestaciones que se indican en la cláusula 2 del PPT, en cuanto a los Lotes 1 a 5, relativo a detallar la cuantía económica que suponen tanto los medidores, ya que se señalan unas cantidades de medidores a entregar, si bien dichas

cantidades se fijan como «dotación inicial» y «como mínimo»; lo mismo acontece respecto del mantenimiento y reposición de los medidores o glucómetros y de la dotación de baterías necesarias para su uso, donde tampoco se establece límite; y de igual forma ocurre respecto de la obligación de suministrar «sin cargo un dispositivo de punción y un estuche para protección de transporte con cada glucómetro que ceda», así como el software necesario para la descarga y el tratamiento de datos, su instalación y mantenimiento, «siempre que sea solicitado durante toda la vigencia del contrato» o el servicio «gratuito» de atención al cliente con «amplio horario que atienda a las dudas de manejo o errores de funcionamiento que puedan surgir al usuario, profesional y al paciente».

Tampoco se detalla en el expediente administrativo en cuanto a los Lotes 2 y 3 la cuantificación y detalle de costes respecto de la obligación de cumplir con los requisitos e interoperabilidad y de arquitectura de sistemas y que impone al contratista la obligación de desarrollar un sistema y software específico para el Servicio Aragonés de Salud que posibilite la integración de los datos de los medidores o glucómetros con los sistemas que conforman la historia clínica del Servicio Aragonés de Salud.

Así las cosas, en primer lugar debemos partir del alcance que tiene el objeto del contrato en el caso que nos ocupa y sobre esta cuestión el órgano de contratación justifica de forma razonada y razonable la directa vinculación con el mismo de las prestaciones establecidas en la cláusula 2 del PPT, no obstante y sin perjuicio de las consecuencias que más tarde se expondrán sobre esta cuestión, en el Fundamento de Derecho siguiente, ello no justifica que el precio de las distintas prestaciones que se recogen en la mencionada cláusula esté determinado.

Es por ello que procede invocar el criterio que este Tribunal administrativo ha mantenido, entre otros, en sus Acuerdos 45/2014, de 7 de agosto, 51/2014, de 4 de septiembre, 54/2014, de 26 de septiembre, y más recientemente 18/2019 de 15 de febrero, en cuanto a que en la preparación del contrato, la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación es adecuado a los precios de mercado, tal y como exige actualmente el artículo 100.2 de la LCSP recién transcrito. De tal forma que la estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato. Esta determinación del importe vendrá derivada de las prescripciones técnicas exigidas y es, por tanto, en la licitación donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, debiendo realizar, en todo caso, el órgano de contratación una labor de cuantificación de la que quede constancia en el expediente de contratación.

Ya en el Acuerdo de este Tribunal 10/2011, de 6 de julio, en un criterio reiterado posteriormente en otros, como el 92/2015, de 5 de octubre, se incidía –en fase de preparación del contrato– en la importancia de la estimación correcta de los conceptos económicos (junto al valor estimado, hay otros conceptos económicos

fundamentales en cualquier expediente de contratación: el presupuesto de licitación, el presupuesto del contrato y el precio), y que entre ellos tiene que existir una relación de concordancia o proporcionalidad, que permita a los licitadores conocer las condiciones económicas del contrato.

Además, estas cantidades tienen que quedar plasmadas con claridad en los pliegos y en el resto de la documentación del procedimiento de contratación.

Por ello, este Tribunal entiende que la obligación que impone el artículo 100.2 de la LCSP de incluir en el pliego el presupuesto base de licitación desglosado, es clara (en el mismo sentido también se ha pronunciado el TACRC, en la Resolución 632/2018, de 29 de junio, así como en la Resolución 1153/2018, de 17 de diciembre) e incluso en la Resolución 132/2013, de 5 de abril del TACRC invocada por el propio órgano de contratación.

También el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante TARCJA) en la reciente Resolución 192/2019, de 13 de junio, se ha pronunciado en cuanto a la obligación legal que se impone de detallar el presupuesto del contrato en los siguientes términos:

«Ciertamente, una de las novedades de la LCSP al regular el presupuesto y valor estimado de los contratos es la obligación que se impone a los órganos de contratación de detallar y desglosar en los pliegos los distintos costes y partidas en que debe descomponerse el presupuesto y valor estimado de los contratos, lo cual no es sino consecuencia de la aplicación efectiva del principio de transparencia consagrado en los artículos 1 y 132 de la LCSP, a fin de permitir a los licitadores disponer de la información necesaria para poder formular sus ofertas.

Hasta tal punto el legislador ha querido dar importancia a esta cuestión que el artículo 116.4 de la vigente ley, al referirse al expediente de contratación, incluye como novedad respecto a la anterior regulación (artículo 109 del TRLCSP) la justificación adecuada del valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

Así las cosas, el mandato legal es claro: el PCAP debe contener el adecuado desglose de costes en que se descompone el presupuesto base de licitación (artículo 100.2 de la LCSP), debiendo figurar igualmente en dicho pliego el método de cálculo aplicado al valor estimado, sin perjuicio de incorporar al expediente de contratación justificación adecuada de este último con expresión de sus distintos conceptos.»

Además procede traer a colación la Resolución 65/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León –con cita de distintas sentencias y resoluciones-, invocada por las dos recurrentes y que versa sobre idéntico motivo de recurso respecto de los pliegos que han de regir el

contrato de suministro de tiras reactivas para la determinación de glucemia en sangre de la Gerencia de Asistencia Sanitaria de León, y en la que el citado Tribunal concluye lo siguiente:

«el uso de la expresión “como mínimo” posibilita que el número de medidores que deban suministrarse sin precio sea muy superior al que corresponderían con la ratio publicada. Esto es, no se fija una cantidad máxima de medidores por lote, ni se da una orientación de cuál será la necesidad real a cubrir. Por ejemplo, no aclara si pretenden cubrir posibles averías o incidencias técnicas en el medidor inicialmente entregado mediante su sustitución, si se pretende satisfacer a los pacientes que desearían tener más de un medidor o si lo que se quiere es ir renovándolos periódicamente durante la vigencia del contrato.

Como consecuencia ello la retribución final de la prestación de suministro no se conocerá por el licitador hasta la finalización del contrato, momento en el que deberá imputar a lo abonado por las tiras reactivas el coste de los medidores cedidos (sin precio alguno que las retribuya), de forma tal que el cálculo del precio unitario obliga a configurar las ofertas económicas como meras apuestas.

Por ello, esta cesión sin coste vulnera el artículo 102.1 de la LCSP, que impone que el precio de todo contrato administrativo ha de ser un precio cierto y que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada, y de acuerdo con lo pactado.

Además, se infringe el principio de transparencia, que implica que todos los aspectos relevantes para determinar la adjudicación del contrato sean públicos y de general conocimiento para todos los interesados potenciales en concurrir al procedimiento, quienes deberían poder atenerse a unas reglas, claras y precisas, aplicables de la misma forma durante todo el procedimiento.

En conclusión, la previsión de la cláusula 6 del PPT es nula del pleno derecho por contravenir el régimen legal del precio de un contrato público, por lo que procede la anulación de los pliegos y, en su caso, la elaboración de nuevos pliegos en que también se consignen criterios para conocer el número de los medidores que deben ponerse a disposición del órgano de contratación, con indicación de su precio específico.

Ante esta misma contienda, con el mismo sentido y con la misma conclusión, pueden citarse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de junio de 2015, la Resolución 115/2013 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, la Resolución 132/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, las Resoluciones 165/2013 y 89/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y la Resolución 8/2018 de la Comisión Jurídica de Extremadura.»

Pues bien, en el caso que nos ocupa igualmente no puede entenderse cumplida la obligación de la determinación del precio, ni con los informes obrantes en el expediente ni, con la redacción de la cláusula 2.1.3 del PCAP recurrido, de tal forma que resulta evidente que el presupuesto de licitación no se ha detallado, y tampoco se ha llevado a cabo una estimación sobre la cuantificación de las prestaciones que se indican en la cláusula 2 del PPT, cuestión esencial pues se trata de prestaciones vinculadas directamente con el objeto del contrato, tal y como sostiene el órgano de contratación, sin que su argumento– de que «el Incremento de Precios al Consumo (IPC) acumulado en los años 2015 hasta 2018 ha sido de un 3,9%, mientras que el precio del contrato se ha incrementado un 6,96% .»– baste para suplir las exigencias que marca la LCSP respecto a los conceptos económicos esenciales de todo contrato.

Sobre esta cuestión, afirma el TARCJA, en su Resolución 201/2014, de 29 de octubre, en doctrina que comparte este Tribunal, que: «La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa...».

De otro lado, tampoco puede acoger este Tribunal administrativo el argumento del órgano de contratación en cuanto a que en anteriores licitaciones las recurrentes no impugnaran los pliegos en los que figuraban las prestaciones que ahora recurren y ello porque de la misma manera que este Tribunal administrativo entiende que el criterio de que un órgano de contratación no se halla vinculado por licitaciones anteriores pudiendo apartarse –motivadamente– del precedente (así, nuestro Acuerdo 99/2018, de 15 de octubre), lo mismo ocurre de cara a la posición de los licitadores, puesto que un procedimiento de contratación es autónomo e independiente del anterior o anteriores, aun cuando coincidan en objeto y sujetos –órgano de contratación y contratista-, de tal forma que actuaciones en la ejecución de contratos anteriores de las potenciales entidades licitadoras, en sentido positivo o negativo, no pueden influir en futuras licitaciones que se rigen por sus respectivos pliegos y demás documentos contractuales (Resolución 143/2018 de 16 de mayo del TARCJA), por ello el hecho de que no se impugnaran en su momento las anteriores licitaciones no determina que el clausulado de los actuales pliegos no pueda ser susceptible de impugnación.

Y tampoco es admisible el argumento del órgano de contratación en cuanto a la previsión que hace el PCAP de las modificaciones previstas, pues a resultas de lo expuesto, la indeterminación en el precio del contrato arrastra a la configuración que se ha dado a la cláusula XVI del PCAP, sin que la misma enmiende la exigencia que la legislación contractual establece para la determinación del precio del contrato en los preceptos anteriormente transcritos.

Y mucho menos es aceptable lo que aduce el órgano de contratación en el informe emitido a resultas del tercer recurso interpuesto, cuando se refiere a la imposibilidad de desglosar lo que considera «unos costes que le son ajenos», refiriéndose a la obligación de desglosar los costes de transporte que conllevan las entregas del suministro objeto de la presente licitación y que según señala ha imposibilitado volver a licitar el contrato de suministro de productos dietoterápicos, el cual fue objeto de recurso especial en materia de contratación resuelto mediante Acuerdo 18/2019 de 15 de febrero, por parte de este Tribunal administrativo.

Las condiciones económicas del contrato revisten un carácter esencial, tanto en fase de adjudicación donde debe garantizarse que las licitadoras puedan tener conocimiento de las mismas de cara a elaborar sus ofertas, como posteriormente en la ejecución del contrato, para que éste pueda ser llevado a efecto, de acuerdo con los planteamientos que sirvieron de base a la licitación, y con el contenido de la oferta seleccionada, por ello este Tribunal administrativo, a la vista de lo expuesto, no puede sino concluir que la falta de desglose del presupuesto de licitación, y por ende la indeterminación en la cuantificación de las prestaciones según establece la cláusula 2 del PPT, conlleva que el contrato no tiene un precio cierto que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada, lo que supone una vulneración del artículos 100, 102 y 301 de la LCSP, siendo estos extremos por tanto determinantes de la falta de proporcionalidad de las obligaciones que corresponden a las partes durante la ejecución del contrato, en cuanto a que no está garantizado el equilibrio entre ellas, de forma tal que ninguna obtenga un enriquecimiento injusto asistiendo, por tanto, razón a las recurrentes y procediendo la estimación de este concreto motivo de recurso y, en consecuencia, la anulación de las cláusulas del PCAP, 2.1.2 (valor estimado del contrato), 2.1.3 (presupuesto base de licitación) y 2.1.4 (precio del contrato), junto con los apartados y Anexos a que éstas remiten o sobre las que las mismas se fundan, así como la ya citada cláusula 2 del PPT.

Aunque la estimación de estos motivos de los recursos haría innecesario este análisis –pues del mismo se deriva la nulidad de la licitación–, este Tribunal considera necesario, en aras del principio de congruencia y a fin de evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, pronunciarse sobre el resto de los motivos de los recursos

SEXTO.- En relación con lo que se acaba de exponer las recurrentes consideran que determinadas prestaciones que figuran en la cláusula 2 del PPT, y que como se ha señalado no figuran en el expediente el detalle de su cuantificación, deben ser consideradas como contratos de servicios lo que daría lugar a que el contrato a licitar se calificase como un contrato mixto, señalándose además por parte de “JOHNSON & JOHNSON., S.A.” que se deben «considerar las consecuencias jurídicas que comporta en este caso la no inclusión, tanto en el anuncio de licitación como en los pliegos, de los CPVs correspondiente a todas las prestaciones que abarca el presente expediente de contratación.»

Para la resolución del presente motivo, hay que partir del artículo 18 de la LCSP que establece el régimen de los contratos mixtos, señala lo siguiente:

«1. Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase.

Únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2 de la presente Ley.

El régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en este artículo; y el de sus efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2.

Para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta Ley, se estará a las siguientes reglas:

a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal.

En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte servicios especiales del anexo IV, y en parte otros servicios, o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.

b) Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios, por una parte, y contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios, de otra, se actuará del siguiente modo:

1.º Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.

2.º Si las distintas prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías establecidas en los artículos 20, 21 y 22 de la presente Ley, respectivamente. En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

2. Cuando el contrato mixto contemple prestaciones de contratos regulados en esta Ley con prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma, para determinar las normas aplicables a su adjudicación se atenderá a las siguientes reglas:

- a) Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.
- b) Si las prestaciones son separables y se decide celebrar un único contrato, se aplicará lo dispuesto en esta Ley.»

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que este Tribunal administrativo ha señalado entre otros en el Acuerdo 85/2015, de 10 de agosto, que entre las prestaciones del contrato debe existir una vinculación material de tal forma que tengan el tratamiento como unidad funcional. En el presente caso habida cuenta de la justificación llevada a cabo por el órgano de contratación respecto de la directa vinculación de las obligaciones establecidas en la cláusula 2 del PPT con el objeto del contrato, cabe concluir que nos encontramos ante un contrato de objeto múltiple de prestaciones complementarias, que derivan de la unidad funcional del suministro de tiras reactivas, por lo que por aplicación de las reglas establecidas en el artículo 18 de la LCSP antes transcrito, efectivamente, como denuncian las recurrentes, atendiendo a su naturaleza, estaríamos ante un contrato mixto. Y en cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato no es posible su determinación, dada la falta de cuantificación de las prestaciones que corresponden al contrato de servicios.

SÉPTIMO.- A continuación pasamos a analizar el siguiente motivo en el que coinciden las dos primeras recurrentes - “MENARINI DIAGNOSTICOS, S.A” y “JOHNSON&JOHNSON, S.A.”- por el que consideran contrarios a Derecho los criterios de adjudicación según vienen configurados en el PCAP ya que, en su opinión, tanto los criterios sujetos a evaluación previa como los criterios sujetos a evaluación posterior, están referidos a prestaciones no incluidas en el objeto del contrato y a modo de ejemplo señalan que los criterios vienen referidos a los dispositivos de punción, a los glucómetros, al manual de instrucciones, la interoperabilidad de los sistemas de gestión informáticos, etc, por lo que, a su juicio, se vulnera lo dispuesto en el artículo 145.5 y 6 de la LCSP.

Al respecto “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A” señala que con el establecimiento de dichos criterios de adjudicación se genera «una situación de enriquecimiento injusto a favor de la Entidad adjudicadora, pues el beneficio económico por ella pretendido se produce a costa del empobrecimiento del adjudicatario sin existir justificación jurídica que lo sustente»

El órgano de contratación por su parte se pronuncia en idéntico sentido respecto a los dos recursos interpuestos y considera que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato y que se refieren a las prestaciones que deben realizarse en virtud del mismo y manifiesta que:

«en el proceso de obtención de cifras de glucemia capilar participan varios materiales estrechamente relacionados entre sí (tira, glucómetro, dispositivo de punción, software, etc.), las cualidades valoradas en el PPT relacionadas con cada uno de esos materiales no son independientes del objeto del contrato, y su importancia es clave para adquirir un material con la calidad suficiente.

En este sentido cabe reiterar que los criterios de adjudicación han sido elaborados por un equipo de profesionales y responsables de enfermería, educadores en diabetes y endocrinólogos, dirigidos por la Coordinadora de Enfermería de esta Subdirección, habiéndose definido de forma estudiada, consciente y reflexiva, con el objetivo de obtener la oferta más ventajosa, en consonancia con la finalidad pública perseguida, habiéndose tenido en cuenta en su formulación los siguientes condicionantes...»

Y concluye que se han cumplido los condicionantes que figuran en el artículo 145 de la LCSP.

En el Anexo XI y XII del PCAP figuran detallados los criterios de adjudicación del presente contrato, que, por lo que aquí interesa son del siguiente tenor literal:

ANEXO XI

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA (SOBRE DOS) (Especificar para cada lote, en su caso)

- Lote 1: Tira reactiva determinación glucemia y cetonemia.
- Lote 3 (Cerrado): Tira reactiva determinación glucemia uso profesional y uso paciente.
- Lote 4: Tira reactiva determinación glucemia para neonato.

Criterios sujetos a valoración previa Manejabilidad	Puntos
<p><u>Contenido y Método valoración:</u> Se comprobará la facilidad y comodidad del glucómetro durante su uso, transporte y transferencia de la información en los sistemas de gestión informático. Del mismo modo, se valorará la manejabilidad de la tira, la facilidad de recogida de la muestra y del tiempo de lectura, así como la facilidad y comodidad de retirada de la tira en los distintos usos a los que va destinado, tanto en el uso paciente como en el uso profesional. Así mismo, se valorará la facilidad y comodidad de uso del dispositivo de punción. Se valorará que el manual de instrucciones del glucómetro es claro y sencillo, facilitando un uso cómodo e intuitivo.</p>	25
Seguridad	
<p><u>Contenido y Método de valoración:</u> Se comprobará que la tira y el glucómetro permiten una manipulación y uso seguro, permitiendo una transferencia sencilla y segura de la información del</p>	

glucómetro a los sistemas de gestión informática. Así mismo, se valorará la claridad y sencillez en la obtención e interpretación de las cifras y de los posibles errores que detecte el glucómetro, así como la adecuada visualización de la pantalla. Del mismo modo se comprobará que el dispositivo de punción es seguro en su uso.

24

Total criterios	49
------------------------	-----------

Lote 2: Tira reactiva determinación glucemia con calculador de bolo.

Criterios sujetos a valoración previa	Puntos
<p>Manejabilidad</p> <p><u>Contenido y Método valoración:</u> Se comprobará la facilidad y comodidad del glucómetro durante su uso, transporte y transferencia de la información en los sistemas de gestión informático. Así mismo se valorará la precisión en el cálculo de las dosis de insulina en relación con los bloques de tiempo, rango de objetivos, incremento o disminución de la dosis de insulina a administrar en función de los “eventos de salud” (ejercicio, enfermedad, menstruación, estrés, etc) y fracciones de unidad de insulina. Del mismo modo, se valorará la manejabilidad de la tira, la facilidad de recogida de la muestra y del tiempo de lectura, así como la facilidad y comodidad de retirada de la tira en los distintos usos a los que va destinado. Así mismo, se valorará la facilidad y comodidad de uso del dispositivo de punción. Se valorará que el manual de instrucciones del glucómetro es claro y sencillo, facilitando un uso cómodo e intuitivo.</p>	25
<p>Seguridad</p> <p><u>Contenido y Método de valoración:</u> Se comprobará que la tira y el glucómetro permiten una manipulación y uso seguro, permitiendo una transferencia sencilla y segura de la información del glucómetro a los sistemas de gestión informática. Así mismo, se valorará la claridad y sencillez en la obtención e interpretación de las cifras y de los posibles errores que detecte el glucómetro, así como la adecuada visualización de la pantalla. Del mismo modo se comprobará que el dispositivo de punción es seguro en su uso.</p>	24
Total criterios	49

Lote 5: Tira reactiva determinación glucemia paciente invidente.

<i>Criterios sujetos a valoración previa</i>	<i>Puntos</i>
--	---------------

Manejabilidad

Contenido y Método valoración: Se comprobará la facilidad y comodidad del glucómetro durante su uso, transporte y transferencia de la información en los sistemas de gestión informático. Del mismo modo, se valorará la manejabilidad de la tira, la facilidad de recogida de la muestra y del tiempo de lectura, así como la facilidad y comodidad de retirada de la tira en el uso 25 al que va destinado. Así mismo, se valorará la claridad de las indicaciones de voz emitidas por el glucómetro. Del mismo modo, se valorará la facilidad y comodidad de uso del dispositivo de punción. Se valorará que el manual de instrucciones del glucómetro es claro y sencillo, facilitando un uso cómodo e intuitivo.

Seguridad

Contenido y Método de valoración: Se comprobará que la tira y el glucómetro permiten una manipulación y uso seguro. Así mismo, se valorará la claridad y sencillez en la obtención e interpretación ²⁴ de las cifras y de los posibles errores que detecte el glucómetro, así como la adecuada visualización de la pantalla. Del mismo modo se comprobará que el dispositivo de punción es seguro en su uso.

<i>Total criterios</i>	49
------------------------	----

ANEXO XII

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN
POSTERIOR
(SOBRE TRES)
(Especificar para cada lote, en su caso)

1. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

<i>Criterios sujetos a valoración posterior</i>	<i>Puntos</i>
---	---------------

Precio	35
Envío de datos desde el Manager a GUHARA	

<p>Los mensajes ORU incorporan la siguiente información:</p> <p>Datos de identificación del realizador de la toma (se identificará si se trata de un profesional, el propio paciente o alguien de su entorno social): 4 puntos.</p> <p>Identificador del Equipo / Device (a pactar con SALUD): 1 punto.</p> <p>Identificador de la Tira o Lote (a pactar con SALUD): 1 punto.</p>	6
<p>Consulta de datos del Manager desde GUHARA</p> <p>Esta Integración permitirá la consulta externa de los datos de medida recogidos y almacenados por el Manager a partir de un identificador de paciente (CIP Autónomo). El sistema, de forma directa o a través del Middleware, permite la consulta a través de mensajería HL7 (mensajería HL7 QBP - RSP). Se permitirá filtrado, en la mensajería QBP, por rango de fechas y por tipo de variable medida.</p> <p>Los RSP resultantes contendrán información del paciente, la variable de medida, valor de la misma y fecha y hora de la medición correspondiente (3 puntos).</p> <p>Si contiene además la identificación del equipo de medida (identificador a pactar con SALUD), de la tira o lote (identificador a pactar con SALUD) y del agente realizador de la toma (2 puntos).</p>	5
<p>Para el Interfaz Device-Manager, los dispositivos ofertados cumplen, al menos, una de las siguientes normas para su conexión con el Manager:</p> <ul style="list-style-type: none"> . ISO 11073-20601 compliance https://www.aenor.com/normas-y-libros/buscador-de-normas/iso/?c=066717#.WSf2ZIWL9 . ISO 11073-90101 (POCT1-A Extendido con encriptación SSL opcional) compliance https://www.iso.org/standard/44084.html . Otros protocolos Continua compliance (no basadas en IEEE 11073-20601) . Device Enterprise Communication (DEC) PCD IHE Profile compliance https://www.ihe.net/ihe_domains/patient_care_devices/ 	2

<p>El Manager (sistema de gestión de pacientes diabéticos) permite almacenar como identificadores secundarios del paciente los distintos números de historia clínica del mismo en cada uno de los HIS hospitalarios y estos son actualizados por la mensajería A32 ó A40 – fusión.</p>	1
<p>Envío de Informes desde el Manager</p> <p>En relación al envío de informes desde el Manager, el sistema permite la exportación de informes de seguimiento a través del envío de mensajería HL7 (HL7 MDM).</p> <p>Si el sistema permite la exportación de informes de seguimiento a través del envío de mensajería HL7 (HL7 MDM), el evento disparador para el envío del mensaje que contenga el informe será:</p> <p style="padding-left: 40px;">Bien manual y consciente del hecho y contenido por parte del profesional.</p> <p style="padding-left: 40px;">Bien automático, pero asociado a un evento sobre el Sistema pactado con el Servicio de Salud, en la fase de análisis, que concretará, además, la información contenida en el mismo.</p> <p style="padding-left: 40px;">El mensaje MDM contendrá el informe en formato PDF, codificado en base64, en un segmento OBX del mismo, así como el resto de información que permita la correcta identificación del paciente y del facultativo y servicio responsable del mismo.</p>	1
<p>Credenciales corporativas de SALUD</p> <p>Se valorará que el adjudicatario integre el acceso al Manager a través de las credenciales corporativas de SALUD. Esta integración podrá basarse en:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Mediante consultas al LDAP basado en Directorio Activo corporativo. . Mediante el uso de las facilidades (consultas SOA) a los Web Service corporativos publicados por el Sistema de Single SignOn del SALUD que permite delegar en el mismo la consulta mencionada en el punto anterior o el paso transparente de credenciales a través del intercambio de un token string entre las aplicaciones origen y destino, este token string se obtiene y valida mediante la invocación de estos servicios web. 	1

Total criterios

De la lectura de los mencionados Anexos del PCAP resulta que, efectivamente los criterios de adjudicación que impugnan las recurrentes versan sobre las cualidades de los medidores o glucómetros así como de los dispositivos de punción o de las capacidades del software y su interoperabilidad, que son prestaciones obligatorias del contrato. El órgano de contratación argumenta su conformidad a Derecho ya que entiende que cumplen las exigencias establecidas en el artículo 145 de la LCSP.

En el caso que nos ocupa se entiende que asiste razón al órgano de contratación en cuanto a que la redacción dada a los criterios de adjudicación impugnados, es conforme a Derecho ya que la misma cumple los requisitos que se exigen en el artículo 145 de la LCSP. Las recurrentes no argumentan la disconformidad con el mismo, si no que se limitan a fundamentar su ilegalidad en el enriquecimiento injusto derivado de la falta de cuantificación de parte de las prestaciones que conforman el presente contrato, siendo que dicho enriquecimiento injusto determina únicamente la ilegalidad de las cláusulas relativas a los conceptos económicos del presente contrato sin que afecte a las restantes que sean independientes de ellas, entre las que se encuentran las concernientes a los criterios de adjudicación.

OCTAVO.- Otro motivo que alegan “MENARINI DIAGNOSTICOS, S.A” y “JOHNSON&JOHNSON, S.A.” es que consideran que hay oscuridad en la redacción de los pliegos que rigen la licitación.

De un lado, “MENARINI DIAGNOSTICOS, S.A” muestra su disconformidad con la obligación que se recoge en los pliegos de tener que licitar conjuntamente las partidas que comprende el Lote 3, sin que a su juicio esté justificado en el expediente la necesidad de licitar conjuntamente cuando la descripción de las partidas es idéntica.

Así mismo también respecto al Lote 3 y puesto que se indica que se deberá ofertar «al menos, dos presentaciones distintas: una de máximo 25 tiras y otra de máximo 50 tiras», considera que al no determinarse si la obligación de ofertar las dos prestaciones distintas opera sobre cada una de las dos

partidas que componen el Lote 3 o si se refiere a una presentación para cada partida, ello provoca una indefinición que atenta contra el principio de igualdad de trato.

Por último reitera lo ya expuesto respecto del Anexo II al PPT "Requisitos de interoperabilidad y de arquitectura de sistemas" para los licitadores a los lotes referenciados supone establecer prescripciones técnicas sin vinculación alguna al objeto del contrato.

El órgano de contratación por su parte manifiesta:

«Lote 3.-

La razón por la que el órgano de contratación decidió que el lote 3 fuera cerrado, esto es, que tanto la tira para uso profesional (Código 90000656), como la más utilizada por los pacientes diabéticos (Código 90000658), sea ofertada por la misma empresa se debe a razones de operatividad y seguridad para el paciente, y de ninguna manera es excluyente para empresa alguna ni limita la concurrencia.

Son los propios profesionales sanitarios los que instruyen y tutorizan en el uso de los glucómetros a los pacientes, lo que puede constatarse cuando en el PPT se solicita al adjudicatario "un plan de información sobre el uso de los glucómetros ofertados destinado a los profesionales sanitarios" y no a los pacientes. Los pacientes destinatarios del material de este lote (se solicitan inicialmente 47.000 unidades para pacientes) suponen un gran volumen, están repartidos por toda la geografía del Servicio Aragonés de Salud y son tutorizados por varios miles de profesionales de enfermería que prestan sus servicios en los Centros de Atención Primaria.

Dado que la gran mayoría de empresas disponen en sus catálogos de glucómetros con tamaños y características diferentes, pero con un mismo software que los equipara en su forma de uso, esta similitud facilita la difusión sobre el modo de uso de los mismos, puesto que los profesionales sanitarios que instruyen a los pacientes los usan habitualmente en su labor asistencial. Esta familiaridad del profesional con el material sobre el que tiene que instruir al paciente, reduce al máximo la comisión de errores asociados al desconocimiento del uso.

Por otro lado, la razón por la que las dos tiras convocadas en este lote se convoquen con un precio diferente radica en que la relación entre el número de tiras necesarias y los glucómetros necesarios en cada partida es radicalmente diferente, precisándose para uso paciente un gran volumen de glucómetros, lo que se refleja en el aumento del precio de licitación de dicha partida, y viene a ratificar que en el cálculo del precio del contrato se han tenido en cuenta todos los elementos necesarios (tiras, glucómetros, dispositivos de punción...)

En cuanto a la exigencia de ofertar dos presentaciones distintas (máximo de 25 tiras y máximo de 50 tiras), para los códigos 90000656 "tira reactiva determinación de glucemia uso profesional" y 90000658 "tira

reactiva determinación de glucemia uso paciente", viene derivada por la necesidad de cubrir distintas necesidades asistenciales.

Por un lado, en ocasiones se precisan envases con muchas tiras que son perfectamente útiles en servicios y unidades con grandes consumos diarios, como plantas de hospitalización y consultas de enfermería, y por otro lado existen situaciones muy concretas en las que la utilización de grandes envases generaría un gran desperdicio de tiras debido a su caducidad, pues los consumos son muy pequeños, como es el caso de las ambulancias del Servicio de Urgencias y Emergencias 061, los maletines para visitas domiciliarias de personal médico, determinados pacientes que necesitan muy pocos controles de glucemia capilar, etc.

Lotes 2 y 3.-

En cuanto a la exigencia expresada en el Pliego de prescripciones técnicas, concretamente a lo establecido en su Anexo 11 "Requisitos de interoperabilidad y de arquitectura de sistemas", aunque de manera detallada se ha expuesto su necesidad y vinculación con el objeto del contrato en la contestación ofrecida al apartado 1.1., el encabezamiento de dicho Anexo expresa de manera más sintética su fin último:

Es objetivo de este anexo establecer los requisitos que debe cumplir el equipamiento de medición de glucosa asociado a determinados materiales del presente procedimiento abierto,' para garantizar la integración de su información con la Historia Clínica Electrónica del Servicio Aragonés de Salud.

Estos requisitos derivan de la necesidad de que la información medida por los dispositivos asociados a los distintos lotes del presente procedimiento abierto sea incorporada como información a la historia clínica de los pacientes, para que estas variables clínicas pasen a formar parte de ella y sea visible y utilizable por los clínicos del Servicio Aragonés de Salud en el seguimiento ordinario del paciente o ante episodios agudos del mismo.»

En cuanto a este motivo "JOHNSON&JOHNSON, S.A." cita la Resolución 89/2018 de 22 de marzo de 2018, del TACPM y por lo que atañe al Lote 3 considera que existe una imprecisión en cuanto al número y tipo de glucómetros a entregar en el referido Lote, y que una vez dada respuesta por el órgano de contratación a la cuestión planteada, en el seno del expediente por la recurrente, los pliegos dejan sin aclarar el tipo y número de glucómetros que ha de incluirse en la oferta.

También analiza los requisitos de interoperabilidad y de arquitectura de sistemas que figuran en el Anexo II del PPT y al efecto señala:

«En relación a la posibilidad de integración de datos a través de un módulo pasarela, denominado Middleware de mensajería, el Pliego no establece ningún plazo concreto para el desarrollo y efectiva

integración de los datos en el sistema del Servicio Aragonés de Salud. Es más, el Apartado Segundo del Anexo 11 a la hora de describir la integración menciona una "fase de análisis que precederá a la adaptación, pruebas de validación y conformidad" para el adjudicatario, sin indicar un período concreto de implementación, por lo que en ausencia de un periodo de tiempo específico exigible cabría la posibilidad de que finalice el contrato sin que se haya implementado la solución.

En este sentido, hemos de invocar el artículo 124 de la Ley 912017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que al regular los elementos que componen el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) dispone:

"El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones."

Así, entiende esta parte que el órgano de contratación tiene la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara y con la mayor precisión posible las características técnicas que configuran las prestaciones que serán objeto de la adjudicación y, sin embargo, las características técnicas mencionadas son confusas y adolecen de una falta de concreción y definición evidente que comporta para el licitador inseguridad jurídica a la hora de confeccionar su oferta como la de mejor relación calidad-precio, debiendo ser, por tanto, objeto de anulación.»

A su vez, el órgano de contratación en el informe emitido a resultas del recurso manifiesta:

«En relación con la falta de concreción del PPT en cuanto al número de glucómetros a ceder para cada lote, dicha alegación ya ha sido contestada en el apartado PRIMERO de este informe. Únicamente cabe reiterar que el Pliego no exige un número mayor de lo expresado.

En cuanto a la exigencia de ofertar dos presentaciones distintas (máximo de 25 tiras y máximo de 50 tiras), para los códigos 90000656 "tira reactiva determinación de glucemia uso profesional" y 90000658 "tira reactiva determinación de glucemia uso paciente", viene derivada por la necesidad de cubrir distintas necesidades asistenciales.

Por un lado, en ocasiones se precisan envases con muchas tiras que son perfectamente útiles en servicios y unidades con grandes consumos diarios, como plantas de hospitalización y consultas de enfermería, y por

otro lado existen situaciones muy concretas en las que la utilización de grandes envases generaría un gran desperdicio de tiras debido a su caducidad, pues los consumos son muy pequeños, como es el caso de las ambulancias del Servicio de Urgencias y Emergencias 061, los maletines para visitas domiciliarias de personal médico, determinados pacientes que necesitan muy pocos controles de glucemia capilar, etc..

Así mismo, no se entiende la afirmación de la recurrente "tampoco se esclarece la valoración que se hará de una y otra presentación dependiendo de la partida a la que se oferten 25 o en su caso 50 tiras". Por una parte, la exigencia de distinta presentación se exige para las dos partidas, las correspondientes a los códigos 90000656 y 90000658, y por otra parte, la presentación no se valora ni en los criterios sujetos a valoración previa ni sujetos a valoración posterior.

Esta exigencia, no limita la concurrencia, ya que la inmensa mayoría de las empresas cuentan con esta diversidad de presentaciones.

Lo mismo sucede con la solicitud de glucómetros con tamaños diferentes. Esta variabilidad permite al profesional decidir cuál es el más adecuado en función de las características del paciente. Mientras un glucómetro pequeño es especialmente útil para pacientes jóvenes o pacientes que viajan con frecuencia, que llevan siempre encima su glucómetro para poder estar controlados, ese mismo tamaño reducido puede ser un problema para pacientes mayores, con problemas de visión o de movimiento de las manos. Esta es la razón por la que la gran mayoría de empresas disponen en sus catálogos de glucómetros con tamaños y características diferentes, entendiéndose el órgano de contratación que de esta manera cubre la necesidad requerida para cada tipo de paciente.

En relación a la amplia oferta de glucómetros disponibles en cada empresa, y las necesidades diferentes para uso profesional o uso por paciente, se solicita también la oferta de al menos un glucómetro que disponga de sistema de expulsión de la tira, característica importante en el uso por profesionales pues ese sistema evita el contacto directo del profesional con sangre del paciente, ya que dichos glucómetros expulsan la tira sin necesidad de cogerla con los dedos. Nuevamente esta exigencia presenta una amplia concurrencia en el mercado.

En relación con el número de medidores el PPT establece la necesidad de ofertar para las partidas indicadas:

Dos glucómetros diferentes, uno de ellos de pequeño tamaño (en el caso de JOHNSON se correspondería con el tercer modelo -primero por la derecha- de la figura 1) y el otro con sistema de expulsión de la lira integrado en el aparato.

Se indica expresamente que de las 47.000 unidades del código 90000658, 2.000 medidores corresponden al tamaño pequeño. Por lo tanto, 45.000 unidades de ese código corresponden al tamaño estándar, al igual que las 4.000 unidades del código 90000656.

En relación con la "limitación a la concurrencia" aducida por la recurrente, relativa al Anexo II del PPT, que define los requisitos técnicos de interoperabilidad y de arquitectura de sistemas, entendemos que la recurrente no ha entendido la solución demandada, ya que en lo referido a las distintas alternativas de integración citadas, en las que se menciona específicamente el API (Application Programming Interface) desde el Servicio Aragonés de Salud no se describe ni se requiere que el interfaz de integración esté basado en una u otra solución técnica, como podría ser desde el citado API, al uso de un Enterprise Application Integration (EAI) Middleware o incluso el desarrollo de un driver en cualquier tecnología. Lo único que se fija como requisito técnico es que los mensajes intercambiados entre los sistemas de SALUD y el Manager estén basados en mensajería HL7 o FHIR como "lenguaje" estándar de intercambio de información, siendo cualesquiera estos interfaces.»

Sobre este motivo es oportuno recordar, como ya dijimos en nuestro Acuerdo 33/2012, de 9 de agosto, que la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores. Además en el citado Acuerdo se decía que: «Por ello, resulta desproporcionado y contrario a la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones».

De nuevo la oscuridad en los pliegos alegada por las recurrentes, con el detalle que se acaba de poner de manifiesto, no es sino consecuencia de la indeterminación del objeto de este contrato y la falta de certeza en su precio sin que los argumentos expuestos por el órgano de contratación en los informes emitidos a resultas de los recursos interpuestos, aclaren los términos en los que está redactado el PPT, por lo que han de acogerse estos motivos de recurso.

NOVENO.- A continuación se analizan los motivos de recurso que han sido alegados por " ASCENCIA DIABETES CARE EPAIN, S.L." y que no se encuentran relacionados con los alegados por las otras dos recurrentes.

Así impugna “ASCENCIA DIABETES CARE EPAIN, S.L.” la cláusula 2.2.2 del PCAP, ya que en la misma no se indica que la presentación de ofertas se lleve a cabo utilizando medios electrónicos, lo que según la recurrente está en contra de las prescripciones establecidas en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP, por lo que se restringe el acceso a la licitación. Para fundar su argumento hace referencia al Acuerdo 18/2019 de 15 de febrero de ese Tribunal, así como a la Resolución 104/2018 de 22 de octubre del TARCYL y a la Resolución 192/2019, de 13 de junio del TARCJA.

Al respecto, el órgano de contratación refiere lo dispuesto en el apartado 3.c) de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP que establece:

«3. La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación».

Y señala que: «Ésta es la causa por la que a esta Administración le resulta materialmente imposible permitir la presentación de ofertas por medios electrónicos.

No obstante, se adjunta Anexo II relativo al informe evacuado por la Oficina de Contratación Pública de esta Comunidad previa consulta emitida por esta Subdirección, a efectos de justificar la excepcionalidad a la que está sometida en estos momentos la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por otra parte, si bien es cierto que, por los motivos esgrimidos, la Administración en la Comunidad Autónoma de Aragón no está en disposición de facilitar todavía las solicitudes de participación electrónica, tenemos que informar al Tribunal que esta Subdirección de Compras y Logística sí que permite la presentación de ofertas por medios electrónicos: con la publicación del anuncio de licitación se pone a disposición de los licitadores un fichero a través del que tienen que cumplimentar la oferta. Las proposiciones técnica y económica deberán incluirse en los Sobres DOS y TRES respectivamente, en formato papel y CD o pendrive. La información contenida en los CD's y pendrives que se incluyan en los Sobres DOS y TRES se descarga en la aplicación informática de gestión económica (SERPA 11) del Servicio Aragonés de Salud para su posterior tratamiento y valoración. Y así se expresa en el Pliego de cláusulas administrativas particulares de éste y todos los expedientes que tramita esta Subdirección»

Sobre la cuestión planteada existen varias resoluciones dictadas por los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, donde hay que estar al caso en concreto en cuanto a la justificación que en cada supuesto resulte de cara a la excepcionalidad de la aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP.

En el presente caso, al igual que en el Acuerdo 18/2019, de 15 de febrero, invocado por la recurrente, habida cuenta que el procedimiento ha sido anulado mediante el presente Acuerdo, este Tribunal administrativo debe señalar al órgano de contratación que en el nuevo procedimiento de licitación que se vaya a licitar deberá hacer constar en el expediente administrativo, de forma justificada, si concurre alguna causa de excepcionalidad de las previstas en la mencionada Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP, ya que, en el caso que nos ocupa, se viene a indicar en el informe al recurso, y no en el expediente administrativo, la causa que concurre señalando que se adjunta un Anexo II relativo al informe evacuado por la Oficina de Contratación Pública a efectos de justificar la excepcionalidad a la que está sometida la Comunidad Autónoma de Aragón sin que obre en el actuado dicho Anexo.

DÉCIMO.- Otro motivo que alega “ASCENSIA DIABETES CARE SPAIN S.L.” es que no se han respetado los plazos mínimos para la presentación de ofertas fijados por la LCSP, y así manifiesta que:

«En el presente caso el órgano de contratación publicó un anuncio de información previa, lo que legalmente faculta para establecer plazos más reducidos de presentación de ofertas. Ahora bien, existen unos plazos mínimos que incluso en este caso se han de observar preceptivamente.

En este sentido, el apartado 5 del artículo 156 de la LCSP establece:

“5. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 135 respecto de la obligación de publicar previamente en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en los procedimientos abiertos la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante deberá hacerse, en todo caso, con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las proposiciones en el apartado siguiente.”

Y el apartado 6 del mismo artículo 156 de la LCSP dispone:

“6. En los contratos de las Administraciones Públicas que no estén sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de contratante. En los contratos de obras y de concesión de obras y concesión de servicios, el plazo será, como mínimo, de veintiséis días.”

Por tanto, en el presente caso el órgano de contratación estaba obligado a observar estas reglas imperativas, de modo y manera que debía conferirse a los licitadores un plazo mínimo de presentación de ofertas de 15 días contados desde el siguiente al de publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante; anuncio de licitación que, en consecuencia, debía publicarse en el perfil del contratante con la referida antelación mínima y obligatoria.

Estas exigencias y reglas imperativas han sido infringidas en el presente caso.

El anuncio de licitación se ha publicado en el perfil del contratante (Plataforma de Contratación del Sector Público) el 3 de junio de 2019. Por tanto, los licitadores deberían disponer de 15 días naturales, contados a partir del día siguiente, para presentar sus ofertas.

En cambio, el anuncio de licitación establece que el plazo de presentación de ofertas es:

“Hasta el 18/06/2019 a las 14:00”

Basta efectuar el cómputo para comprobar que no se cumple con la regla imperativa fijada por la ley: si el plazo de 15 días naturales se inicia el día 4 de junio (día siguiente a la publicación), la regla legal obligaría a que los licitadores pudieran disponer para presentar su oferta de (como mínimo) todo el día 18 de junio de 2016.

Sin embargo, el anuncio de licitación limita la presentación de ofertas a las 14:00 horas de ese día 18 de junio, infringiéndose con ello el plazo mínimo de presentación de ofertas legalmente establecido, lo que ha de determinar (también por este motivo, que constituye una indebida restricción para el acceso a la licitación) la anulación del anuncio de licitación y de los pliegos impugnados.»

El órgano de contratación rebate el argumento de la recurrente al señalar que:

«En primer lugar, habría que indicar que la publicación en DOUE, Perfil de contratante y Plataforma del Estado se produjo el día 3 de junio, finalizando el plazo de recepción de ofertas el 18 de junio; por lo tanto, se ha respetado el plazo de 15 días establecido en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, siendo falsa la alegación de la recurrente.

A este respecto, el artículo 156 de la LCSP establece para el procedimiento abierto los plazos para la presentación de proposiciones y plazo de publicación del anuncio de licitación, así como la posibilidad de reducir los mismos en la forma que se determina

2. En procedimientos abiertos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a treinta y cinco días, para los contratos de obras, suministros y servicios, ... contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Dado que esta Subdirección emitió anuncio de información previa (Anexo 1), habría que estar a la reducción del plazo prevista en el apartado 3 del citado artículo:

3. En los contratos de obras, suministros y servicios, el plazo general previsto en el apartado anterior podrá reducirse en los siguientes casos:

a) Si el órgano de contratación hubiese enviado un anuncio de información previa, el plazo general de presentación de proposiciones podrá reducirse a quince días.»

En el presente caso al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada el inicio del plazo para presentar proposiciones comienza a contar desde la fecha del envío del correspondiente anuncio de licitación al DOUE (artículo 156.2 de la LCSP) y, según los datos que obran en el actuado con fecha de 25 de mayo de 2019 se envió el anuncio de licitación al DOUE, fijándose el último día para presentar ofertas el 18 de junio de 2019, por lo que teniendo además en cuenta que en el presente caso el órgano de contratación publicó el anuncio de información previa, el plazo que establece la LCSP no se ha visto vulnerado por lo que no asiste razón a la actora en este motivo de recurso.

UNDÉCIMO.- Como último motivo alegado por “ASCENSIA DIABETES CARE SPAIN S.L.” señala que los pliegos no fijan los parámetros objetivos para identificar los casos en que una oferta se considere anormal lo que supone una infracción del artículo 149 de la LCSP, ya que dicho precepto exige que los pliegos en caso de establecer varios criterios de adjudicación, deberán señalar los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considera anormal, citando en apoyo de su tesis la Resolución 1187/2018, de 28 de diciembre del TACRC en la que se señala:

«El precedente TRLCSP solo imponía como exigible la aplicación del procedimiento de apreciación de la viabilidad de la oferta cuando se hubiera formulada en términos que la hacen anormalmente baja cuando el único criterio de adjudicación fuese el del precio, dejando a la voluntad del órgano de contratación la introducción en el pliego de los parámetros objetivos que permitiesen identificar los casos en que una oferta se considerase anormal cuando de la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación se tratase.

Sin embargo, la nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo deber, establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta.

Coincidiendo en esto con el TRLCSP, la nueva LCSP establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, y en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de modo que, de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente.

Así las cosas –como reconoce el propio órgano de contratación en su informe–, el PCAP incumplió la LCSP al impedir identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, sin que, como parece dar a entender la recurrente en su escrito, sean aplicable las disposiciones reglamentarias para suplir la omisión, al ser el procedimiento de adjudicación por varios criterios de adjudicación y no solo por el precio.

Lo cierto es que el vicio ahora denunciado no fue impugnado cuando el licitador debió hacerlo, antes de presentar su oferta, pues al presentarla aceptó incondicionadamente y sin reserva alguna el PCAP (artículo 139.1 LCSP), por eso señala el artículo 50.1.b) de la LCSP que “con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

Es por tanto preciso determinar si la vulneración del artículo 149.2 de la LCSP es o no un supuesto de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 39 de la LCSP, que remite a su vez al artículo 47.1 de la LPACAP.

Ha de señalarse que la jurisprudencia impone una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo la regla la anulabilidad frente a la nulidad.

Pues bien, el incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el artículo 149.2 de la LCSP no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo antes bien una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal –la apreciación de la viabilidad de la oferta– indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo por tanto es un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los artículos 40 de la LCSP y 48 de la LPACAP.

No puede por tanto admitirse la pretensión extemporánea contra el PCAP por dicha causa.»

El órgano de contratación al respecto señala lo siguiente:

Efectivamente, este órgano de contratación no ha establecido ningún parámetro para determinar si una oferta es anormalmente baja. Ello se debe a que entiende que en este tipo de contrato de suministro no se precisa efectuar dicha determinación.

Nuevamente entraríamos en este apartado al tema de los costes. Al ser imposible conocer las circunstancias que pudieran influir a los costes que pueden afectar a la puesta en circulación en el mercado de un producto, como por ejemplo:

- El grado de amortización de la inversión e; i investigación y desarrollo del producto (tiras, medidores...)
- Coste del equipamiento necesario para la fabricación del objeto del contrato y su grado de amortización.
- Costes salariales en relación con la fabricación.
- Costes logísticos (almacenaje, transporte, etc.)
- Estrategias comerciales de las empresas (posibilidad de precios ajustados por intereses comerciales de introducción de productos).

Por todo ello, no es posible establecer, no ya los parámetros para identificar los casos, sino -si estos casos pueden llegar a existir. Según la experiencia del concurso actualmente en vigor:

Precio licitación: 0,2193 € (IVA incluido)

Precio adjudicación: 0,1199 € (IVA incluido)

Es decir, el precio de adjudicación supuso un 45% de reducción en el precio del contrato. Sin embargo, si en el Pliego se hubiera indicado que se consideraba una oferta anormalmente baja aquella que fuera, por ejemplo, un 25% inferior al presupuesto de licitación, la oferta del adjudicatario se hubiera podido identificar como una oferta "anormalmente baja", cuando en realidad no ha generado ningún problema y sí que ha supuesto un importante ahorro en el gasto de 1.204.236,02 €, sólo en los últimos doce meses:

Importe compras con un precio unitario de 0,1199 €: 1.452.594,55 €.

Importe compras con un precio unitario de 0,2193 € (licitación): 2.656.830,56 €.

Esta oferta, que aparentaba ser "anormalmente baja" ha representado en realidad una importante contribución al interés general, ya que ha supuesto el cumplimiento del fin último del contrato, que no es otro que el cuidado de los pacientes aragoneses al mejor precio en ese momento en el ámbito nacional.»

Examinado el PCAP, en concreto el Anexo XII, del mismo se comprueba que, efectivamente no define los parámetros objetivos que deben permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, confirmado además por el reconocimiento del propio órgano de contratación, por lo que el mencionado Anexo contraviene lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, de manera que concurre un vicio de anulabilidad sobre el mismo.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por "MENARINI DIAGNOSTICOS, S.A", "JOHNSON&JOHNSON, S.A." y "ASCENSIA DIABETES CARE SPAIN, S.L." frente a los Pliegos que rigen el procedimiento denominado «Suministro de tiras reactivas con destino a los centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud», convocado por la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Estimar los recursos especiales presentados en nombre y representación de las mercantiles "MENARINI DIAGNOSTICOS, S.A", "JOHNSON&JOHNSON, S.A." y "ASCENSIA DIABETES CARE SPAIN, S.L." frente a los Pliegos que rigen el procedimiento referenciado y declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, de acuerdo con los términos que se recogen en la parte expositiva del presente Acuerdo.

TERCERO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 9/2019, de 24 de junio de 2019 de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos.

QUINTO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

SEXTO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

El presente Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.