



Recurso nº 208/2022 C. Valenciana nº 55/2022

Resolución nº 362/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 17 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. P.B.G., en representación de VITRO, S.A., contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación para *“Suministro de reactivos, material y dotación de equipamiento para la realización de múltiples determinaciones automatizadas para el Laboratorio de Anatomía Patológica del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón”*, con expediente 05/2022, convocado por el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Previa motivación de la necesidad del contrato de suministro, el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón procedió a la aprobación del expediente de contratación de la licitación para el suministro de reactivos, material y dotación de equipamiento para la realización de múltiples determinaciones automatizadas para el Laboratorio de Anatomía Patológica de dicho Consorcio Hospitalario aprobándose el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el Cuadro Resumen de Características, y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento.

Segundo. El anuncio de licitación fue publicado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 30 de enero de 2022, previo envío del anuncio al DOUE el 28 de enero del presente. En el anuncio de licitación se advertía que el procedimiento de adjudicación sería el abierto, que la forma de presentación de las proposiciones era electrónica y que el plazo máximo para la formalización de las ofertas



sería hasta el 4 de marzo de 2022 hasta las 23:59 horas. El valor estimado del contrato de suministro quedó señalado en 1.804.272,00 €.

El objeto del suministro se anunció sin división en lotes con el CPV 33696500:Reactivos de laboratorio.

Tercero. El procedimiento de contratación ha seguido los trámites que, para los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada, regula la vigente 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Cuarto. Con fecha 7 de marzo de 2022, el Director Gerente del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón certifica que a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas únicamente se ha presentado AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.

Quinto. Disconforme la representante de VITRO, S.A., con los pliegos rectores de esta licitación, el 18 de febrero de 2022 presentó en el registro electrónico, recurso especial en materia de contratación contra los mismos, instando la revisión del pliego de cláusulas administrativas particulares con el fin de dividir el objeto del contrato en 5 lotes diferentes, a saber, reactivos para tinciones de hematoxilina y eosina, reactivos para inmunohistoquímica e inmunofluorescencia, reactivos para histoquímica, hibridación in situ automatizada y farmacodiagnóstico. Del mismo modo, suplica la rectificación del pliego de prescripciones técnicas con el fin de eliminar el requisito de obtener la aprobación FDA para el Farmacodiagnóstico HER2 de las especificaciones técnicas mínimas de las ofertas y prestaciones incluidas, relativas a los anticuerpos de farmacodiagnóstico.

Sexto. La Secretaria General del Tribunal reclamó el expediente y el informe del órgano de contratación, que fue remitido en plazo y en forma y siguiendo el curso de este procedimiento de revisión de actuaciones administrativas en materia de contratos del sector público y así la tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente LCSP y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia



contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 2/06/2021).

Segundo. La recurrente, VITRO, S.A., goza de legitimación para sostener sus pretensiones de modificación de las cláusulas impugnadas de los pliegos pues su objeto social es afín a las prestaciones objeto del contrato de suministros, todo ello, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

Y ello, pese a tratarse de un recurrente no licitador, pues precisamente su recurso persigue la eliminación de uno de los obstáculos que –a su juicio– le impiden concurrir a la licitación, cual es la indivisión en lotes del contrato, y que inexorablemente conduce a reconocer legitimación a la mercantil actora, sin perjuicio de cuanto se expone a respecto del motivo analizado en el Fundamento de Derecho Octavo de la presente Resolución.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que supera con creces el umbral del valor estimado fijado en el artículo 44.1.a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € y además el acto recurrido, los pliegos, es una de las actuaciones administrativas susceptibles de recurso especial en el artículo 44.2, a) del mismo cuerpo legal.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50 de la LCSP, por otro lado, se han dado cumplimiento a las demás exigencias procedimentales, por lo que procede su admisión.



Quinto. Sostiene la recurrente que tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) como el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) han de ser modificados pues, tal y como se han publicado, adolecen de vicios de anulabilidad.

En relación con el primero, el PCAP, VITRO, S.A., considera que no está bien configurado el objeto del contrato de suministro pues a su juicio, se está vulnerando el artículo 99 de la LCSP dado que el órgano de contratación debió dividir en lotes el objeto contractual.

En particular, dice la recurrente que, en el Anexo I –apartado B– del PCAP para la adjudicación de contratos administrativos de suministro por el procedimiento abierto, se indica que el objeto del contrato no será dividido en lotes, previsión justificada conforme al siguiente argumento:

«Motivos de justificación:

La realización independiente de las distintas técnicas dificultaría la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico, ya que se hace imprescindible coordinar la ejecución de las diferentes técnicas a través de un sistema de trazabilidad y un sistema integral de gestión del Servicio.

La trazabilidad conlleva un Sistema único de información, con un mecanismo creíble y demostrable para preservar la identidad de los productos a lo largo de la cadena, con lo que obtendremos las siguientes utilidades:

- Seguimiento de las muestras a lo largo del proceso.*
- Identificación de los agentes que actúan sobre las muestras.*
- Conocimiento de los materiales empleados en el procesamiento.*
- Estado de conservación de los materiales (caducidades, registro de temperaturas...).*
- Asignación de las incidencias habidas durante el proceso.*



- *Generación de informes útiles para la gestión del servicio».*

Pues bien, esta justificación dada por el órgano de contratación para la motivación de la no división en lotes del objeto del contrato, la reputa la defensa de la impugnante contraria a las prescripciones legales contenidas en el artículo 99 de la LCSP y así expresa que:

«Esta parte considera que la agrupación de los reactivos para tinciones de hematoxilina y eosina, técnicas histoquímicas, técnicas de inmunohistoquímica e inmunofluorescencia, hibridación in situ automatizada y farmacodiagnóstico, contenida en el Lote Único de la referida licitación pública son contrarios a la competencia y limitan gravemente la participación de las Pequeñas Y Medianas Empresas (PYMES) en el proceso de contratación pública, afectado con ello a la participación en el proceso de contratación pública de esta parte».

Con apoyo en varios considerandos y preceptos de la Directiva 2014/24/UE transpuesta en la vigente LCSP, la defensa de VITRO, S.A. califica que la no división del suministro en lotes vulnera la llamada a las PYMES a la contratación del sector público y argumenta:

«En línea con dicha normativa, el artículo el artículo 99, apartado tercero, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante "LCSP") subraya que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su partición en lotes. Se establece así, tras advertir que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan; la regla general de la división por lotes, sin concretar el número mínimo o máximo que se tiene que licitar.

(...)

De esta manera y fruto de la desigual división del objeto del contrato, se ha constituido un único lote que incluye tal variedad de productos que las PYMES no pueden competir en igualdad de condiciones ya que, al ser productos diferentes, no tienen por qué encontrarse dentro de la gama de productos que puede ofrecer este tipo de compañía».



Reitera en varios pasajes de su escrito de formalización del recurso que no existe excusa para la no división en lotes, y así manifiesta que:

«En lo que concierne los argumentos segundo y tercero por los que la normativa permite motivar la no división del objeto de un contrato, no cabe justificar que lo indicado en el art. 99.3.b) LCSP pueda aplicarse al lote de productos contenidos en el Expediente n.º 05/2022, por cuanto que el uso de los 5 tipos de reactivos que componen dicho Contrato está pensado para procesos distintos, de forma que el hecho de adjudicar el suministro de dichos reactivos a diferentes licitadores no dificultaría de manera alguna la correcta ejecución del objeto del contrato ni desde el punto de vista técnico ni por la naturaleza del objeto del mismo por los motivos que a continuación serán expuestos.

Adicionalmente, el sistema de trazabilidad debe permitir la comunicación/integración con equipos de laboratorio de cualquier fabricante, lo que permitiría la concurrencia al concurso de cualquier proveedor, a diferencia de lo que ocurre en este caso en el que se obliga a que el proveedor del sistema de Trazabilidad de las técnicas de Inmunohistoquímica e inmunofluorescencia, Histoquímica, Hematoxilina-Eosina, Hibridación in situ automatizada y farmacodiagnóstico sea el mismo obligatoriamente, impidiendo así la concurrencia de otros fabricantes.

Conforme a la Norma ISO (Sistemas de gestión de la calidad. Fundamentos y vocabularios. ISO 9000:2005) la trazabilidad consiste en la “capacidad para seguir la historia, la aplicación o la localización de todo aquello que está bajo consideración”.

Según el argumento del órgano de contratación, se puede deducir que las técnicas incluidas en estos otros lotes no podrían ser incluidas, gestionadas y controladas por el sistema de Trazabilidad incluido en el Lote Único que solo gestionaría las técnicas incluidas en ese lote (Inmunohistoquímica e inmunofluorescencia, Histoquímica, Hematoxilina-Eosina, Hibridación in situ automatizada y farmacodiagnóstico) resultando ser un sistema de trazabilidad incompleto que no es conforme con la norma ISO ya que, si se dejan fuera otras posibles técnicas que el servicio de anatomía patológica desee realizar, ésta técnica no será trazada. Ello supondría que la localización de la muestra y la historia del procesamiento no sería correcta.



En consecuencia, el sistema de trazabilidad debe ser capaz de gestionar las técnicas que el servicio de anatomía patológica desee realizar, independientemente del proveedor de dicho sistema de trazabilidad o de las técnicas en sí mismas, lo que hace innecesario asimilar este sistema de trazabilidad a un único lote para un determinado tipo de técnicas».

Como prueba de la división en lotes de las prestaciones propias de este suministro, la recurrente relaciona varios ejemplos de licitaciones anunciadas por otros servicios de salud que ante idénticas necesidades han procedido a dividir en lotes el objeto del suministro.

El otro motivo de impugnación se centra en el PPT, en relación con las especificaciones técnicas mínimas de las ofertas y prestaciones incluidas, relativas a los anticuerpos de farmacodiagnóstico, pues en dicho pliego se exige cuanto sigue:

«FARMACODIAGNÓSTICO

(...)

a) Farmacodiagnóstico HER2

Deberá tener aprobación FDA y CE IVD para la selección de pacientes para tratamiento en carcinoma de mama (necesario adjuntar cartas de aprobación FDA».

A juicio de VITRO, S.A., esta exigencia es desproporcionada y subraya que: «Cabe recordar que la FDA (Food and Drug Administration) es la agencia del Gobierno de los Estados Unidos responsable de la regulación de alimentos, medicamentos, cosméticos, aparatos médicos, productos biológicos y derivados sanguíneos. Por cuanto concierne a esta parte, esta agencia nada tiene que ver con el territorio para el cual está abierto el proceso de licitación del expediente de contratación 05/2022 y, si bien no es negativo tener como referencia ciertos estándares, referencias o valoraciones internacionales, estos no debieran delimitar los anticuerpos de farmacodiagnóstico HER2 para competir en el procedimiento de licitación.



En consecuencia, con lo anteriormente expuesto, este es un requisito que no cabe ser exigido en una licitación para un consorcio hospitalario español, por cuanto es una aprobación concedida por una agencia del Gobierno Estadounidense, no teniendo nada que ver con normativa exigible en España o en la Unión Europea para este tipo de productos.

Así pues, esta parte considera que la cláusula 4.5.a) del PPT es una CLÁUSULA NULA y, a causa de ello, la aprobación FDA no cabe ser tomada en cuenta ni objetiva ni subjetivamente como criterio de valoración de las ofertas en la presente licitación».

En resumen, la defensa de VITRO, S.A. suplica a este Tribunal la estimación del recurso para que por el órgano de contratación se proceda a la modificación del PCAP admitiendo la división del objeto del contrato en cinco lotes y a la modificación de PPT para la eliminación del requisito de obtener la aprobación FDA para el Farmacodiagnóstico HER2 de las especificaciones técnicas mínimas de las ofertas y prestaciones incluidas, relativas a los anticuerpos de farmacodiagnóstico.

Sexto. Por su parte, el informe del órgano de contratación de fecha 24 de febrero de 2022 suscrito por la Directora Económica con el visto bueno del Director Gerente del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón se opone, en parte, a las pretensiones anulatorias de la recurrente.

Por lo que respecta a la indivisión del objeto del contrato en lotes, el poder adjudicador reitera que es ajustado al artículo 99.3 –letra b)– de la LCSP. Contraargumenta lo afirmado por la recurrente de la siguiente forma:

«En el caso de nuestro expediente 05/2022, suministro de reactivos, material y dotación de equipamiento para la realización de múltiples determinaciones automatizadas para el Laboratorio de Anatomía Patológica del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón, la no división en lotes fue justificada debidamente en el apartado B del Anexo 1 al Pliego Administrativo y en un informe de no división en lotes firmado por los responsables del Servicio de Anatomía Patológica del Consorcio, publicado asimismo en la Plataforma de Contratación en fecha 01/02/2022 y que forma parte de este expediente (documento nº 19).

El mencionado informe de no división en lotes presenta la siguiente justificación:

“De conformidad con el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, relativo a la división de contratos en lotes, la no división en lotes en el procedimiento abierto del suministro de reactivos, material y dotación de equipamiento para la realización de múltiples determinaciones automatizadas, necesarias para cubrir la actividad del Laboratorio de Anatomía Patológica, se justifica en que la realización independiente de las distintas técnicas dificultaría la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico, ya que se hace imprescindible coordinar la ejecución de las diferentes técnicas a través de un sistema de trazabilidad y un sistema integral de gestión del Servicio.

La trazabilidad conlleva un Sistema único de información, con un mecanismo creíble y demostrable para preservar la identidad de los productos a lo largo de la cadena, con lo que obtendremos las siguientes utilidades:

- Seguimiento de las muestras a lo largo del proceso.*
- Identificación de los agentes que actúan sobre las muestras.*
- Conocimiento de los materiales empleados en el procesamiento.*
- Estado de conservación de los materiales (caducidades, registro de temperaturas...)*
- Asignación de las incidencias habidas durante el proceso.*
- Generación de informes útiles para la gestión del servicio.*

Por ello, desde el punto de vista de la ejecución del contrato, podría suponer un cumplimiento del contrato excesivamente difícil, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes, podría conllevar riesgo de la ejecución adecuada del contrato”».



E insiste: «Este órgano de contratación sigue considerando suficiente dicha justificación, respetando el principio de discrecionalidad técnica de los facultativos del Servicio de Anatomía Patológica del Consorcio, abundando en la misma y habida cuenta de la argumentación del recurrente se ha revisado el objeto del contrato, encontrándose que en trazabilidad única hay una serie de justificaciones funcionales y de calidad a favor de un lote único que cabe recalcar:

- Las metodologías de trabajo se estandarizan y unifican para las distintas tinciones.
- Se unifica la formación del personal técnico y facultativo en los sistemas.
- Se facilitan los contactos y trabajos comunes con servicios externos de Anatomía Patológica como informática, con lo que las integraciones necesarias se facilitan.
- El traslado de incidencias se unifica en un solo proveedor.
- La información generada por la gestión de las muestras, se centraliza en una sola base de datos.
- Los productos comunes a todas las técnicas son suministrados por un solo proveedor, evitando diferencias de calidad.
- Todas las actualizaciones de software, hardware y conexiones se realizarán homogéneamente según necesidades.
- Los mantenimientos preventivos y correctivos se realizarán en el mismo espacio de tiempo en todos los sistemas instalados por el proveedor.
- El sistema de trazabilidad posibilitará que todas las muestras sean codificadas por el mismo sistema y se unifique la información generada, que podrá ser gestionada por el mismo sistema de información.
- Se podrá generar una base de datos homogénea, y estadísticas comunes que permitan la inter comparación entre centros.



- *En el caso de incidencia de calidad de resultados, se podrá remitir esta al único proveedor de este lote, que se encargará de investigar su origen, y dar la mejor solución.*
- *Por los sistemas de gestión de información de muestras requeridas, se unifica la información generada, y facilita la homogenización del seguimiento del seguimiento de trazabilidad de las muestras, sea cual sea la técnica de tinción a la que sea destinada.*

Además de lo anterior, entendemos que la idea de que el sistema de trazabilidad tiene que ser capaz de gestionar las técnicas que el servicio de anatomía patológica precise, asumiendo la conexión y traza de cualquier equipo de cualquier proveedor (haciendo por tanto innecesario asimilar este sistema de trazabilidad a un único lote), es posible siempre y cuando el sistema de trazabilidad sea propiedad del cliente.

En el ánimo de este procedimiento, con todas las técnicas unificadas en uno solo lote, se encuentra la posibilidad de agrupar mantenimiento y acciones sobre la base de datos e interconexión de los diferentes equipos en uso, minimizando portes, gastos comunes, y sobre todo eficiencia del personal técnico de mantenimiento y del laboratorio, como ya se argumentó en su día».

A pesar de la oposición a este argumento y reiteración en la posición inicial de la indivisión del objeto contractual, en la segunda cuestión planteada por la recurrente, el informe del órgano de contratación viene a allanarse y a estimar la alegación sobre la exigencia de la autorización de la FDA exigida en el PPT.

De esta forma admite que:

«En cuanto a la segunda solicitud del recurrente “La rectificación del Pliego de Prescripciones Técnicas del Contrato de suministro de reactivos, material y dotación de equipamiento para la realización de múltiples determinaciones automatizadas para el Laboratorio de Anatomía Patológica del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón (Expediente de contratación n.º 05/2022) eliminando el requisito de obtener la aprobación FDA para el Farmacodiagnóstico HER2 de las especificaciones técnicas mínimas de las ofertas y prestaciones incluidas, relativas a los anticuerpos de farmacodiagnóstico”, este órgano de contratación considera que debe ser rectificado el pliego técnico para eliminar



dicho requisito manifestando además que si hubiese sido advertido con anterioridad, habría sido rectificado de manera inmediata sin la necesidad de interponer recurso alguno».

Séptimo. Expuestas así las posiciones de las partes, debe comenzarse evaluando la propia configuración del objeto contractual prevista en el cuadro de características adjunto al pliego tipo de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de los contratos administrativos de suministro por el procedimiento abierto licitados por el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón.

Así, el Anexo I en su apartado A sobre las necesidades a satisfacer y sobre la definición concreta del objeto del contrato de suministro, el cuadro de características expone cuanto sigue:

«DEFINICIÓN CONCRETA DEL OBJETO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO:

El objeto de este contrato es la adquisición de reactivos, material y dotación de equipamiento para la realización de múltiples determinaciones automatizadas en el Consorcio:

Nº de orden	PRUEBAS	DETERMINACIONES ANUALES
1.1	Tinciones de H-E	24 KITS (uno cada 2 semanas)
1.2	Técnicas histoquímicas	1000 (previsión)
1.3	Técnicas IHQ-IF	9000
1.4	Hibridación in situ automatizada	200 (previsión)
1.5	Farmacodiagnóstico	400»

Por su parte el Apartado B de dicho Anexo I en relación con el tema impugnado, sobre la división en lotes, marca un “NO” y expone con el siguiente tenor los motivos de justificación:

«Motivos de justificación:



La realización independiente de las distintas técnicas dificultaría la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico, ya que se hace imprescindible coordinar la ejecución de las diferentes técnicas a través de un sistema de trazabilidad y un sistema integral de gestión del Servicio.

La trazabilidad conlleva un Sistema único de información, con un mecanismo creíble y demostrable para preservar la identidad de los productos a lo largo de la cadena, con lo que obtendremos las siguientes utilidades:

- Seguimiento de las muestras a lo largo del proceso.*
- Identificación de los agentes que actúan sobre las muestras.*
- Conocimiento de los materiales empleados en el procesamiento.*
- Estado de conservación de los materiales (caducidades, registro de temperaturas...).*
- Asignación de las incidencias habidas durante el proceso.*
- Generación de informes útiles para la gestión del servicio».*

En primer lugar, ha de partirse de la premisa de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y sabedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

Así, el artículo 28.1 de la LCSP dispone como requisito de eficiencia, la precisión en la determinación del objeto del contrato al disponer que: «1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el



cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

A su vez el artículo 2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece: «2. No podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración...».

El artículo 99 de la LCSP, dispone que «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. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten».

Por tanto, el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP.

Y no deben olvidarse las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual, gozando de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar.

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar el objeto contractual y qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, determinaciones que, entran dentro de su grado de discrecionalidad.

En estas reglas se ha mover la configuración por lotes o no, en la división de las prestaciones objeto del contrato, pues en lo tocante a la división por lotes, se ha de tener muy en cuenta que desde la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, la no división en lotes es la excepcionalidad para favorecer, principalmente, la concurrencia, no restringir la competencia y posibilitar la máxima participación de las PYMEs. El considerando nº 78 de la citada Directiva, así lo refleja:

«(78) A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.

La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de



coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

Los Estados miembros deber seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones (...)».

Lo manifestado en este considerando de la Directiva 2014/24/UE, lleva al artículo 46 de la misma, con el siguiente tenor:

«División de contratos en lotes:

1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84».

En nuestra vigente LCSP esta regla general, la de la división del objeto del contrato en lotes, se ha incorporado en el artículo 99.3 al afirmar que:

«3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta».

Así lo ha ratificado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 48/18 y este Tribunal en varios de sus pronunciamientos, entre otras, la Resolución nº 981/2018, de 26 de octubre.



Ahora bien, la regla general de división de contratos en lotes, tiene una serie de excepciones que vienen reflejadas en el mismo artículo 99.3 de la LCSP:

«(...) No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente” (el subrayado es nuestro)».

A propósito de la obligada justificación de los motivos por los que el órgano de contratación considera procedente que no se divida el contrato en lotes, se ha pronunciado este Tribunal en repetidas ocasiones, cuya doctrina se podría resumir, en la expuesta en la Resolución nº 1149/2021, de 9 de septiembre (citada en la nº 1366/2021, de 14 de octubre, y en la más reciente nº 267/2022, de 24 de febrero):

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas resoluciones acerca de la procedencia o necesidad de que el objeto del contrato se divida en lotes, analizando las previsiones de la norma legal citada. Así, en la Resolución nº 625/2019, con cita de la



previa Resolución nº 813/2018, señalábamos de una parte que la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación, pero sujeta a control, y, de otra, que, si bien la regla general es la división en lotes, la misma no se impone para todos los contratos, pues debe permitirlo la naturaleza o el objeto de estos. La naturaleza y el objeto operan como condición previa para que se acuerde la división en lotes. A su vez, y dada dicha condición previa, atendiendo a la naturaleza y el objeto del contrato a licitar, se habrá de exigir necesidad de justificar la no división con mayor o menor rigor según las circunstancias que concurran en cada expediente de contratación».

Con mayor profusión, en la Resolución nº 993/2018, de 2 de noviembre, este Tribunal razonaba lo siguiente:

«Como puede verse, el artículo 99 pretende, como señala la recurrente, promover que los órganos de contratación dividan en lotes las licitaciones para promover la concurrencia de pequeñas y medianas empresas. Ahora bien, siempre y cuando i) la naturaleza del contrato lo permita y ii) no existan motivos válidos que justifique la no división. Para la debida comprensión de lo dispuesto en este precepto, conviene acudir a la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero, de la que es trasposición la LCSP y en cuyo considerando 78 se señala:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de

los proyectos. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato".

De lo anterior cabe concluir:

- a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.*
- b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.*
- c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote.*
- d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.*
- e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.*



Partiendo de lo anterior, este Tribunal ha venido aplicando una doctrina en torno al margen de discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de definir el objeto del contrato y su división en lotes, así como qué motivos se consideran válidos para que el órgano de contratación decida la no división en lotes.

Así, en nuestra resolución nº 430/2018, señalamos: “La discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad del artículo 86.3 del TRLCSP (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106), que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresan que se trata de una decisión que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurren.

Al respecto, en nuestra Resolución nº 408/2017 citada posteriormente en la nº 600/2017 hemos señalado lo siguiente: ‘En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE (LCEur 2014, 536) exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar “la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador’.

En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, margen que está sujeto también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones



principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES».

A la vista de todos estos razonamientos, queda fuera de toda duda que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato.

Descendiendo al caso concreto, se observa que la memoria justificativa del contrato, ha justificado debidamente los fundamentos de la indivisión dando satisfacción a las exigencias del artículo 99.3 –letra b)– de la LCSP. A ello, se une el informe emitido por el Servicio de Anatomía Patológica el 12 de enero de 2022, obrante en el expediente, en el que se razona sobre los inconvenientes de proceder a la realización independiente de las distintas técnicas de la forma pretendida por la ahora recurrente, que además no ha presentado oferta en esta licitación.

La trazabilidad del suministro que conlleva un sistema único de información para preservar la identidad de los productos a lo largo de la cadena queda amparada en la excepcionalidad prevista por el legislador en el meritado precepto de la LCSP; razón por la cual, no puede ser atendida esta pretensión anulatoria del PCAP y su Anexo I referido al cuadro de características del presente suministro.

Octavo. Por lo que respecta a la impugnación del PPT, se centra el recurrente en el apartado 4.5 referido al farmacodiagnóstico pues para el HER2 exige tener la aprobación de la FDA y CE IVD para la selección de pacientes para el tratamiento de carcinoma de mama con la obligación de adjuntar las cartas de aprobación de la FDA (Food and Drug Administration).

En esta línea, el órgano de contratación viene a estimar la pretensión de VITRO, S.A., lo que provoca técnicamente su allanamiento en esta cuestión y a la vista de su informe, procede recordar la doctrina de este Tribunal sobre la conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente, pudiendo invocar la Resolución nº 797/2020, de 10 de julio, y la Resolución 970/2019, de 14 de agosto, –citadas en la nº 1634/2021, de 19 de diciembre– que, recogiendo doctrina anterior, indicaba lo siguiente:



«Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, “(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente. En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la Ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la ‘reformatio in peius’. Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez ‘juez y parte’ y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso. Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial ‘ad hoc’, es el caso de la llamada ‘jurisdicción retenida’ donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una ‘infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico’ (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la



Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las pretensiones de la recurrente ‘infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico’».

En el presente caso, no se aprecia tal infracción del ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, pues al haber aceptado uno de los motivos del recurso expuestos por la recurrente contra el apartado 4.5.a) del PPT que exigía la autorización de la FDA ya se ha corregido la infracción jurídica detectada. En consecuencia, debe estimarse parcialmente el recurso interpuesto ante el allanamiento o conformidad expresada por la Administración, en lo referente a la modificación del dicho pliego.

En conclusión, sin acoger el motivo de impugnación sobre la división del objeto de contrato en lotes, se ha de estimar parcialmente el recurso en el levantamiento de la autorización de la FDA exigida en el PPT ante el allanamiento expresado por el propio órgano de contratación.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. P.B.G., en representación de VITRO, S.A., contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación para *“Suministro de reactivos, material y dotación de equipamiento para la realización de múltiples determinaciones automatizadas para el Laboratorio de Anatomía Patológica del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón”*, con expediente 05/2022, convocado por el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón, en lo referente a la modificación del Pliego de Prescripciones Técnicas, si bien se confirma la legalidad de la cláusula impugnada del Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sobre la indivisión del objeto del contrato en lotes.



Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 –letra k)– y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.