



Recurso nº 275/2024

Resolución nº 546/2024

Sección 1ª

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

En Madrid, a 26 de abril de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.A.T., actuando en nombre y representación de la mercantil A2C SUMINISTROS HOSPITALARIOS, S.L (en adelante y abreviadamente A2C), por medio del cual impugna el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares, el pliego de prescripciones técnicas y la memoria justificativa correspondientes al contrato de *“Suministro de sustitutos óseos y otros tejidos para H. St Cugat, H. Coslada y H. Cartuja”*, con expediente referencia CP00189/2023, promovido por ASEPEYO, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 151, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. ASEPEYO, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 151, a través de su Subdirección General Sanitaria, convocó mediante anuncio publicado, entre otros medios, en la Plataforma de Contratos del Sector Público el 13 de febrero de 2024, la licitación del contrato de suministro denominado: *“suministro de sustitutos óseos y otros tejidos para H. St Cugat, H. Coslada y H. Cartuja, dividido en 13 lotes, expediente CP00189/2023”*, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato de 1.472.420,04 euros y un plazo de duración de un año susceptible de tres prórrogas de 12 meses cada una de ellas.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, (en adelante LCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público.



Tercero. Mediante escrito presentado el 29 de febrero de 2024 en el registro electrónico general de la Administración General del Estado, se interpone recurso especial en materia de contratación, según su suplico, contra *«el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas, el pliego de prescripciones técnicas y la memoria justificativa correspondientes al expediente relativo al “Suministro de sustitutos óseos y otros tejidos para H. St Cugat, H. Coslada y H. Cartuja”, en relación con el Lote 5»*, solicitando:

1º) Se anule el lote 5 de la citada licitación, cuyo objeto es el suministro de *“Sustitutivo óseo con HA/CaSO₄ y regenerador de cartílago para Hospitales y H.Cartuja”*.

2º) Se ordene retrotraer las actuaciones y publicar una nueva licitación con relación a dicho lote de tal forma que se licite en lotes independientes cada uno de los productos objeto de suministro.

3º) Se acuerde la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación.

Cuarto. El órgano de contratación de ASEPEYO, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 151, acordó remitir al Tribunal, el 4 de marzo, el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, en el que se opone al recurso y manifiesta que no existe, actuación alguna merecedora del reproche que el recurso le achaca.

Quinto. El 4 de marzo se comunicó a los interesados concurrentes en la licitación, el trámite de audiencia para formular alegaciones conforme a lo dispuesto en el art. 56.3 de la LCSP, sin que se hayan presentado.

Sexto. Interpuesto el recurso, el 14 de marzo de 2024 la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, acordó la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afectase al plazo de presentación de ofertas, en relación con el lote 5, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 47.1 de la LCSP al ser la Mutua colaboradora con la Seguridad Social un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública, al tratarse de una entidad colaboradora de la Seguridad Social, es decir vinculada con una Administración Pública respecto de la cual este Tribunal es competente.

Segundo. De conformidad con los artículos 44.2.a) y 44.1.a) de la LCSP los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación de un contrato de suministro cuyo valor estimado sea superior a 100.000 € son susceptibles de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Tercero. La recurrente, A2C SUMINISTROS HOSPITALARIOS S.L., interesada en concurrir a la licitación del lote 5, manifiesta que no ha presentado oferta en sede del procedimiento de licitación con anterioridad a la interposición del recurso especial, lo que en principio puede suponer una causa de inadmisión del recurso conforme al criterio mantenido por este Tribunal. Así, en las Resolución nº 365/2021, de 9 de abril, que cita la Resolución nº 728/2019 de 19 de junio de 2019, se razonaba: *“En definitiva, no cabe sino concluir en que en el régimen establecido por la vigente LCSP la admisibilidad del recurso especial frente a los pliegos requiere que el empresario que, encontrándose interesado en participar en una licitación, advierta en los pliegos de la misma algún vicio de invalidez que estime procedente cuestionar y que no constituya un supuesto de nulidad de pleno derecho, tenga que impugnar los mismos antes de presentar su oferta para que su recurso resulte admisible, y, una vez formulado dicho recurso, si el vicio de invalidez denunciado no le imposibilita participar en la licitación, habrá entonces de formular su proposición en dicho procedimiento”*.

El recurso impugna la configuración del lote 5, dado que por la composición de productos con la que se ha configurado y la obligación de ofertar todos los que compone ese lote, le

impide presentar una oferta, alegando que: *"solo una licitadora en particular puede satisfacer este suministro debido a la composición, medida y volumen requeridos"*.

En consecuencia, *prima facie* se aprecia una vinculación directa y concreta entre el objeto del recurso y los intereses de la mercantil que interpone el recurso, por lo que cabe reconocerle legitimación.

Cuarto. Respecto del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 50 y 51 de la LCSP, habiendo sido presentado el recurso el 29 de febrero de 2024, y constando en el expediente la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público de los pliegos impugnados el 13 de febrero de 2024, el recurso se interpone en el plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. Como se ha expuesto antes, en el suplico del recurso se impugnan *"el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas, el pliego de prescripciones técnicas y la memoria justificativa"*, aunque en el desarrollo de los motivos del recurso se identifican como objeto del recurso: *"el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas, en particular en lo relativo al lote 5"*.

La lectura de los motivos de impugnación permite identificar como impugnados: 1º) La memoria justificativa de la necesidad e idoneidad del contrato, por no contener justificación sobre la falta de lotización independiente de los dos productos a suministrar en el lote 5: *"Sustitutivo óseo con HA/CaSO₄ y regenerador de cartílago"*. 2º) El apartado B.2 del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se recoge la obligación de ofertar todos los elementos que compongan el lote, obligación que se reitera en la cláusula 1 del pliego de prescripciones técnicas. La recurrente alega que este requisito supone una restricción a la competencia el tener que ofertar conjuntamente a los dos productos del lote 5, toda vez que ambos no tienen relación alguna entre sí, siendo productos completamente distintos, independientes, y que se encuentran en el mercado para su compra separada. 3º) El apartado C.1 del cuadro de características del PCAP, relativo al valor estimado, que al describir el lote 5 omite uno de los dos componentes, en concreto el *"regenerador de cartílago"*, incurriendo en un error flagrante y ostensible, que da lugar a confusión sobre la verdadera voluntad del órgano de contratación en el contenido



del lote 5. 4º) El anuncio de licitación en el que tampoco aparece en el lote 5 el "*regenerador de cartílago*", abundando así en la confusión sobre su verdadero contenido, que se completa con la descripción de dicho lote en el pliego de prescripciones técnicas que vuelve a contemplar en el lote 5: "*Sustitutivo óseo con HA/CaSO₄ y regenerador de cartílago para Hospitales y H.Cartuja*".

Sexto. En lo que respecta al fondo del asunto, el recurso plantea dos motivos de nulidad: en primer lugar, la vulneración del artículo 99.3 de la LCSP al no haber subdividido en dos lotes el objeto del lote 5, dado que son susceptibles de ejecución separada, apartándose de lo que el mismo órgano de contratación ha venido haciendo en ocasiones anteriores, así como por no haber motivado aquella decisión, concluyendo que se limita la concurrencia de posibles licitadores por entender que solo existe una empresa que dispone de los dos productos objeto del lote 5 con su actual configuración. Con este motivo de impugnación se denuncia también la transgresión de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato de los licitadores previstos en el art. 1 y 132 de la LCSP. En segundo lugar, la impugnación del anuncio y de los pliegos de la licitación se basa en un error que impide conocer la verdadera voluntad del órgano de contratación en el suministro del lote 5, debido a que la descripción de su contenido es diferente en los apartados C.1 y C.2 del cuadro de características del PCAP que omite uno de los dos componentes, en concreto el "*regenerador de cartílago*", al igual que en el anuncio de licitación en el que tampoco aparece en el lote 5 el "*regenerador de cartílago*", y en el pliego de prescripciones técnicas en el que, sin embargo, sí se describen en el lote 5 dos componentes: "*Sustitutivo óseo con HA/CaSO₄ y regenerador de cartílago para Hospitales y H.Cartuja*", al igual que al describir el objeto del contrato en el apartado B.2 del cuadro de características del PCAP.

Cabe comenzar por analizar este último motivo de impugnación; en efecto, se observa una diferente descripción del contenido del lote 5, especialmente al indicar el valor del lote y su presupuesto de licitación en los apartados C.1 y C.2 del cuadro de características del PCAP, en los que se omite uno de los dos elementos que aparecen en la descripción del objeto del contrato en el apartado B.2 del mismo cuadro. Y también es contradictorio el anuncio de licitación, que incluso contiene una segunda contradicción interna, entre la rúbrica de la descripción del lote 5: "*Sustitutivo óseo con HA y sulfato Ca para Hospitales*



y *Cartuja*" y su inmediata descripción: "*Descripción del lote Suministro de sustitutivos óseos y otros tejidos para H.St Cugat, H. Coslada y H. Cartuja*".

Ahora bien, las contradicciones puestas de relieve obedecen a errores materiales en las descripciones utilizadas y no a errores de concepto, de manera que su simple rectificación o corrección no alteraría la voluntad del órgano de contratación, que ha sido en todo momento la de incluir en el lote 5 dos tipos de elementos diferentes, tal como los describe con precisión al redactar el objeto del contrato tanto en el PCAP como en el PPT. Así lo ha entendido también la propia recurrente, siendo el propósito principal de su recurso combatir la falta de división interna en el lote 5 por entender que uno de los elementos, en concreto el que identifica unas veces como "*membrana de colágeno*", otras como "*matriz de colágeno para regeneración de cartílagos*" o "*regenerador de cartílago*", o "*membrana bio-derivada de colágeno*", debe ser objeto de licitación en solitario, constituyendo un lote independiente, como así ha venido ocurriendo en otras ocasiones anteriores, (por ejemplo en el año 2021), en el ámbito de contratación de ASEPEYO.

Se trata, por tanto, de una omisión en la descripción del lote 5, cuya subsanación pertenece al ámbito de las aclaraciones y rectificaciones de errores materiales y no al ámbito de la nulidad mediante la impugnación en un recurso especial en materia de contratación.

En consecuencia, procede desestimar este motivo de impugnación.

Distinta suerte le corresponde al primer motivo de impugnación. Se parte del hecho controvertido de la descripción en el lote 5 de dos elementos diferentes a suministrar, por un lado: "*sustitutivo óseo con HA/CaSO₄*" y por otro lado: "*regenerador de cartílago*". También es otro hecho no controvertido que en la memoria justificativa de la licitación no se contiene ninguna explicación sobre la inclusión o configuración de dos elementos como los descritos, en un solo lote, y por tanto sobre la falta de división en dos lotes de dicho contenido, máxime cuando en la descripción de los restantes 12 lotes aparentemente se contempla un solo elemento como contenido, tal y como alega la recurrente. Finalmente ha de tenerse en cuenta que según los pliegos el licitador está obligado a ofertar por todos los elementos que compongan el lote afectado.



Las razones jurídicas aplicables al fondo del asunto pasan por analizar la normativa europea de la que dimana la LCSP que invoca la recurrente. 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, dispone en su artículo 46.1 que: *"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"*.

Añade en su apartado 4 que: *"4. Los Estados miembros podrán aplicar el párrafo segundo del apartado 1 haciendo obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, en condiciones que habrán de especificarse de conformidad con el Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. En tales casos, también serán de aplicación el párrafo primero del apartado 2 y, si procede, el apartado 3"*.

La justificación de esta norma se encuentra en los considerandos 59 y 78 de su exposición de motivos:

"59.- En los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

78.- 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 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”.

Y como consecuencia de lo anterior, la LCSP contiene en su artículo 99.3 una regla general que exige, siempre que la naturaleza del contrato lo permita, que cada una de sus partes se ejecute de forma independiente, es decir que siempre que sea posible, sus prestaciones se dividan en lotes, sin perjuicio de las excepciones que motivadamente también se prevén en el artículo 99 de la LCSP.

El art. 99.3 LCSP dispone al respecto: “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.*

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”.

En el presente caso, la recurrente alega que el órgano de contratación ha incluido en el lote 5 un regenerador de cartílago dentro de un lote de sustitutos óseos específicos con los que no guarda relación alguna, lo que parece corroborado por el hecho de que al menos en la licitación de 2021 se incluyeron en lotes separados, limitándose ahora el informe del órgano de contratación a afirmar sin más explicación que los productos que integran cada uno de los lotes *“guardan una perfecta armonía interna, no siendo elemento perturbador alguno que en otras licitaciones el producto cuestionado se haya licitado de forma independiente”*. Añade la recurrente que tan sólo una empresa dispone de ambos productos, con lo cual resulta evidente la restricción de la concurrencia en perjuicio de empresas como la recurrente que disponen de uno de ellos, por lo que de haberse licitado por separado, se hubiera generado la debida concurrencia.

En consecuencia, se aprecia una ausencia de motivación sobre la decisión de incluir dos elementos distintos y heterogéneos en un mismo lote, que impide analizar si responde a una justificación válida en los términos del artículo 99.3 de la LCSP.

Como indica la recurrente, con cita de la Resolución 435/2023, de 19 de abril de este Tribunal: *“El artículo 99 en su apartado tercero no solo exige que concurren motivos válidos para no dividir en lotes el objeto del contrato, sino que los mismos se justifiquen debidamente en el expediente. Por consiguiente, no ofreciéndose en el expediente una explicación razonable de la no división en lotes del objeto del contrato, este Tribunal entiende que los pliegos no respetan lo dispuesto en el artículo 99.3 de la LCSP”*.

Carece de relevancia el argumento del órgano de contratación que mantiene que ha observado el mandato contenido en el artículo 99.3 de la LCSP, por el hecho de haber

dividido el objeto del contrato en trece lotes diferentes, pues en el presente recurso no se cuestiona la división del objeto del contrato en trece lotes, sino la falta de división en uno de sus lotes, cuestión en la que se debe centrar la controversia originada por el recurso.

Tampoco se justifica la falta de motivación sobre la no división del contenido del lote 5, por el hecho de que órgano de contratación no se encuentra vinculado con la configuración de los lotes en licitaciones precedentes, en las que el elemento cuestionado era objeto de un lote independiente. Es cierto que no existe dicha vinculación, tal como argumenta el informe del órgano de contratación, pero no es menos cierto que el vicio de legalidad que se invoca no es la vinculación con ningún precedente, sino la ausencia de motivación en la configuración de un solo lote con dos elementos distintos.

El informe del órgano de contratación emitido con ocasión de este recurso especial no explica las razones concretas por las que se ha optado en la presente licitación por no dividir el objeto del lote 5, limitándose a indicar que *"debe recordarse que el artículo 99.3 LCPS obliga a justificar los motivos por los que el objeto del contrato no se divide en lotes, pero no existe previsión alguna acerca del detalle de la composición de cada uno de ellos, para los que el Órgano de Contratación dispone de libertad máxima, dentro de los parámetros legales, obviamente"*. Precisamente es la falta de justificación de los motivos por lo que se ha decidido que uno de los lotes no se haya subdividido en dos lotes, cuando dicha división es posible, lo que impide apreciar si dicha decisión es arbitraria o por el contrario discrecional, privando a cualquier interesado de la posibilidad de discutir las razones de esa decisión, y su encaje en el artículo 99.3 de la LCSP y a este Tribunal de la posibilidad de su revisión, al desconocerse cuales han podido ser las que han guiado la decisión del órgano de contratación.

Finalmente, tampoco se comparte el argumento que invoca el órgano de contratación para la desestimación del recurso, defendiendo la falta de quiebra del principio de libre concurrencia por no exigir los pliegos a las licitadoras que ostenten la condición de fabricantes, ni distribuidoras sino tan solo que estén en condiciones de proporcionar los productos interesados, dentro de los límites económicos indicados en los pliegos por lo que *"nada obsta,...la realización de cualesquiera figuras jurídicas que lo garanticen; sería plausibles, que cualquier empresa pudiera adquirirlos previamente y luego suministrarlos,*

que se constituya en UTE... o cualesquiera otra fórmula, que permita la entrega del producto". Si se aceptara este argumento, quedaría vacío de contenido el mandato contenido en el artículo 99.3 de la LCSP, pues siempre se podría oponer a la falta de división de lotes, que los litadores pueden acudir a las fórmulas apuntadas para adquirir los productos de cada lote y así incluirlos en sus ofertas, por lo que, ¿para que prever en los pliegos la realización independiente de cada una de las partes de un contrato mediante su división en lotes?

La falta de motivación en la configuración del lote 5 sobre la no división en lotes independientes el suministro de los dos elementos que constituyen su objeto, produce la vulneración del artículo 99.3 de la LCSP.

Por tanto, es necesario que o bien se recojan los motivos válidos que justifiquen debidamente la no división en lotes diferentes del suministro de los dos elementos comprendidos actualmente en el lote 5, o bien, en su defecto, se proceda a licitar dicho objeto en lotes, anulando, por ausencia de motivación sobre la falta de división en lotes, el lote 5 de la actual licitación.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F.A.T., actuando en nombre y representación de la mercantil A2C SUMINISTROS HOSPITALARIOS, S.L (en adelante y abreviadamente A2C), por medio del cual impugna el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares, el pliego de prescripciones técnicas y la memoria justificativa correspondientes al contrato de "*Suministro de sustitutos óseos y otros tejidos para H. St Cugat, H. Coslada y H. Cartuja*", con expediente referencia CP00189/2023, promovido por ASEPEYO, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 151, con los efectos señalados en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión acordada por este Tribunal, de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP.



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

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES