



**Recurso nº 780/2021 C.A. Cantabria 27/2021**

**Resolución nº 1522/2021**

**Sección 1ª**

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

En Madrid, a 5 de noviembre de 2021.

**VISTO** el recurso interpuesto por D.C.B.D. en representación de OXIGEN SALUD S.A., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para contratar “*Acuerdo Marco de suministro de Gases medicinales y otros gases para uso sanitario que garanticen las necesidades totales de las Gerencias de Atención Especializada y Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud*”. Expediente SCS 2021/33, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** En fechas de 9 y 10 de mayo se publicaron en la PCSP el anuncio de licitación (9 de mayo) y los PCAP y PPT (10 de mayo) del “*Acuerdo Marco de suministro de Gases medicinales y otros gases para uso sanitario que garanticen las necesidades totales de las Gerencias de Atención Especializada y Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud*”. Expediente SCS 2021/33.

**Segundo.** El Acuerdo marco tiene una duración de dos años con posibilidad de dos prórrogas de 12 meses cada uno.

**Tercero.** El Acuerdo Marco tiene un presupuesto total de 4.030.221,53 euros.

**Cuarto.** El Acuerdo marco se divide en dos lotes. El objeto del lote I es el suministro de gases medicinales y de uso sanitario en botella y tanque con destino a las Gerencias de Atención Especializada y Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud y el del lote II es el de mezclas medicinales de óxido nítrico para el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla. El presupuesto del lote I es de 3.857.997 euros y el del lote II de 172.000 euros.



**Quinto.** En fecha de 25 de mayo de 2021 tienen entrada en el Registro Electrónico de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.C.B.D. en representación de OXIGEN SALUD S.A., contra los pliegos del Acuerdo Marco referido.

**Sexto.** Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 11 de junio de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, 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.** Este Tribunal es competente para conocer del presente procedimiento de acuerdo con el artículo 46 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP); el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3/10/2020).

**Segundo.** Se trata de un acto objeto de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de servicios que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP. Igualmente, se trata de un acto recurrible al tratarse de la resolución de adjudicación del contrato con arreglo al artículo 44.2.a) LCSP.

**Tercero.** La interposición se ha producido dentro del plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 LCSP.

**Cuarto.** La parte recurrente, está legitimada para interponer el presente recurso conforme al artículo 48 del TRLCSP.



**Quinto.** Sostiene la parte recurrente que la división realizada por el Órgano de Contratación no es real, sino que se hace una división meramente formal, fraudulenta y arbitraria, no dividiéndose realmente el contrato en lotes, e incumpléndose, por tanto, la exigencia de división en lotes para facilitar la concurrencia de pequeñas y medianas empresas.

Alega que la supuesta división en lotes que realiza el Órgano de Contratación no se ajustó a lo establecido en la norma, ya que en ningún caso fomenta la participación de pequeñas y medianas empresas, dejándolas fuera del suministro de gases medicinales en Cantabria durante un plazo mínimo de dos años con posibilidad de llegar incluso a cuatro, no siendo viable esta discrecionalidad de configuración de los lotes por haberse hecho en fraude de ley.

Continúa manifestando que la división se hace con el único fin de simular el cumplimiento de la regla general de división en lotes, pero sin existir una justificación de la forma en la que se realiza, siendo deficiente la división en lotes que se hace y no estando justificada la misma, por corresponder un lote a la gran mayoría del contrato y el otro a una parte muy residual. El lote I comprende el suministro de todos los gases medicinales a todos los hospitales y centros de salud de Cantabria, mientras en el dos se incluye un específico suministro de mezcla medicinal y exclusivamente para un hospital.

Concluye, tras exponer la doctrina de este Tribunal en la materia, alegando que las razones de eficiencia, coordinación y economía de escala no son suficientes para justificar la no división en lotes.

**Sexto.** Por su parte, el Órgano de Contratación sostiene que el PCAP fue informado por el Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad sin que en el mismo se apreciara ningún vicio en la división fraudulenta y arbitraria de los lotes que pudiera suponer la nulidad del mismo.

Manifiesta que la división en lotes se realiza de conformidad con lo previsto en el artículo 99.3 de la LCSP y que, teniendo en cuenta que la Comunidad de Cantabria, con poco más de 570.000 habitantes, el propio tamaño de la misma implica que las exigencias para participar en sus concursos son asumibles por la inmensa mayoría de empresas, tanto nacionales como extranjeras.



Señala que el contrato se encuentra dividido en lotes, que son comunes a todos los órganos periféricos del Servicio Cántabro de Salud, lo que permite la forma más adecuada de licitar el mismo sea acudir a la figura del Acuerdo Marco.

Por último concluye señalando que la solvencia exigida en el pliego, por su cuantía, permite participar a pequeñas y medianas empresas, facilitando así el acceso a las licitaciones a un mayor número de empresas, sin que el órgano de Contratación limite el acceso a licitar a ninguna de sus categorías existiendo incluso dos empresas que han visitado las instalaciones para poder hacer sus estudios económicos antes de presentar sus ofertas, lo que demuestra que el pliego no restringe en modo alguno la competencia, sino que por el contrario, la favorece.

**Séptimo.** A la vista de las alegaciones esgrimidas por las partes debemos poner de manifiesto que es cierto que el Acuerdo Marco referido se divide en lotes, si bien, dada la desigualdad puesta de manifiesto por la parte recurrente de los mismos, debemos estar de acuerdo en que no ha quedado debidamente justificada ni motivada la división realizada, puesto que con la misma no se facilita el acceso a la misma a las pequeñas y medianas empresas en régimen de concurrencia.

La empresa recurrente propone una división en lotes por gerencias, hospitales o consumos.

No le parece suficiente a este Tribunal la justificación esgrimida por el órgano de contratación de que, dado que varias empresas han acudido a las instalaciones del Órgano de Contratación para estudiar la viabilidad económica de las ofertas, se haya favorecido de esta forma la concurrencia a la licitación y la división en lotes realizada favorezca la concurrencia de pequeñas y medianas empresas a la misma.

Por el contrario, consideramos que la desigual división en lotes no ha quedado justificada ni en el PCAP, ni en las alegaciones del Órgano de Contratación.

Como expone la empresa recurrente, el Preámbulo de la LCSP indica que la razón de la regulación que hace dicha ley de la división del contrato en lotes es la de facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, como medida de apoyo a las PYMES.



Independientemente del alegado número de habitantes de la Comunidad Autónoma de Cantabria, lo cierto es que el contrato tiene un presupuesto base de licitación aproximado de 4 millones de euros, para los dos primeros años de duración, susceptible de prorrogarse por otros dos años más. Por lo que el contrato tiene una cierta importancia económica, y con la regulación de los lotes que establecen los pliegos este Tribunal entiende que no se está facilitando el acceso a la contratación a un mayor número de empresas, y particularmente a las PYMES, y que el contrato admite una división en lotes distinta a la realizada, que sí lo permitiría, lo cual queda a la apreciación discrecional del órgano de contratación.

Procede, pues, estimar el recurso, anular la división en lotes del contrato que realizan los pliegos por no favorecer el acceso al contrato a un mayor número de empresas, y retrotraer el procedimiento de contratación al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D.C.B.D. en representación de OXIGEN SALUD S.A., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para contratar “*Acuerdo Marco de suministro de Gases medicinales y otros gases para uso sanitario que garanticen las necesidades totales de las Gerencias de Atención Especializada y Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud*”. Expediente SCS 2021/33, con los efectos declarados en el último fundamento de derecho de esta Resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en 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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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.