



EB 2019/100

Resolución 142/2019, de 9 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ADVANCED STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L. frente a los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de Equipamiento para Central de Esterilización HUA-Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de junio de 2019 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ADVANCED STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L. (en adelante, ADVANCED) contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de Equipamiento para Central de Esterilización HUA-Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El 14 de junio, este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). El expediente se recibió el día 14 de junio y el informe jurídico el día 25 del mismo mes.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 030/2019, de 5 de julio, este OARC/KEAO decidió adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.K.J.H., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP son objeto de recurso especial los pliegos que rigen la licitación del contrato.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador



En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

- a) La no división del objeto del contrato en lotes produce la quiebra del principio de búsqueda de la máxima concurrencia, lo que supone, además, una vulneración de preceptos y reglas fundamentales de la contratación pública.
- b) El contrato ha sido incorrectamente calificado puesto que, a pesar de que los pliegos lo califican únicamente como un contrato de suministro, en realidad se trata de un contrato mixto, ya que deben prestarse, además, servicios de mantenimiento de equipos y sistemas software, así como de formación al personal.
- c) Finalmente, se solicita que se anulen y dejen sin efecto los pliegos y el proceso de licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

- a) El pliego que rige la licitación ya indica que no resulta posible la división del contrato en lotes, puesto que el propio objeto del contrato impide su división al ser una unidad de funcionamiento integrada o una unidad económica funcional para un concreto centro sanitario.
- b) Por otro lado, el poder adjudicador dispone de total libertad para diseñar el contrato de la forma que mejor pueda satisfacer los intereses públicos y, en el presente caso, una eventual división en lotes resultaría antifuncional y



extremadamente complejo de realizar. La finalidad de la citada división es la promoción de la concurrencia de las PYMES en la contratación pública y la recurrente dista mucho de poder ser considerada una pequeña o mediana empresa.

c) Respecto a la calificación del contrato, Osakidetza alega que el mantenimiento que se exigen en los pliegos se refiere al periodo de garantía para asegurar el correcto estado del suministro y su mantenimiento preventivo y, en su caso, correctivo. Se trata, por tanto, del estricto cumplimiento del propio contrato de suministro y no de prestaciones propias de otro tipo de contratos (*v. gr.*: servicios).

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación, se expresan las consideraciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso:

a) Sobre la decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato

ADVANCED plantea, en resumen, que el contrato debió dividirse en lotes por así exigirlo la normativa contractual para garantizar la competencia y la participación de un mayor número de empresas. Sobre la división por lotes, este OARC / KEAO ya ha señalado (ver, por todas, su Resolución 95/2019) que el artículo 99.3 de la LCSP es claro en establecer 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 división en lotes; no obstante, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el contrato cuando existan motivos válidos que deberán justificarse debidamente en el expediente. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de no dividir, por lo que no es posible sustituir este trámite por una justificación posterior; además, dicha motivación posterior no cumpliría con la función de informar de las razones discrecionalmente empleadas por el poder adjudicador



para optar por la no división para, en su caso, ser impugnadas por los interesados (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO) o poder este Órgano verificar su legalidad. De acuerdo con el artículo 99.3 de la LCSP, la obligación de motivación solo sería inaplicable cuando de la misma naturaleza u objeto de la prestación se desprenda la imposibilidad material de la división.

Revisado el expediente, se observa que, no constan los motivos por los que el objeto del contrato no pueda ser dividido en lotes, cuando, en principio, por la propia naturaleza u objeto del contrato, sí es susceptible de división (p.ej., por equipos, áreas o sistemas) y el propio poder adjudicador no niega esta circunstancia al señalar en su informe de contestación al recurso que la división en lotes resultaría antifuncional y extremadamente complejo. Es decir, existe la posibilidad material de división y, por tanto, la obligación de justificar debidamente en el expediente su no realización. Ni en la memoria justificativa de la necesidad del contrato, ni en los pliegos rectores del mismo se hace mención alguna a dicha justificación, y la motivación posterior (más arriba transcrita) dada por el órgano de contratación en el informe de contestación no puede sustituir el trámite previo por las razones indicadas anteriormente. Finalmente, este Órgano no discute la libertad de que dispone el poder adjudicador a la hora de configurar el contrato, pero dicha libertad tiene como límite el respeto del ordenamiento jurídico (ver, por ejemplo, el artículo 34.1 de la LCSP), circunstancia que no se produce en el presente caso al existir infracción de las normas reguladoras del contenido del expediente (artículo 116.4 g) en relación con el artículo 99.3, ambos de la LCSP). Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse, con el efecto que se señalará en el apartado c) siguiente de este Fundamento jurídico.

b) Sobre la calificación del contrato como mixto de suministros y servicios

La recurrente alega la indebida calificación del contrato como suministro al considerar que existen también prestaciones propias de los contratos de servicios, por lo que debería ser calificado como un contrato mixto.



A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación no puede aceptarse por las razones que se explican a continuación:

- 1) El contrato mixto se define en el artículo 18.1 de la LCSP como aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. La regulación sobre esta categoría tiene dos finalidades:
 - por un lado, impedir que la configuración del contrato con obligaciones propias de dos o más tipos contractuales ampare una amalgama de prestaciones sin sentido económico o funcional en perjuicio o beneficio de operadores interesados en la adjudicación (artículo 18.1 en relación con el artículo 34.2 de la LCSP; ver también la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).
 - por otro lado, dado que, en general, la inserción del contrato en un tipo de los definidos en la LCSP u otras normas lleva aparejada la sujeción a unos preceptos concretos para cuestiones como los medios de acreditación de la solvencia técnica, la preparación y el procedimiento de adjudicación del contrato o sus efectos, cumplimiento y extinción, se trata de determinar el régimen legal aplicable cuando en el mismo negocio jurídico confluyen prestaciones incardinables en tipos distintos; este régimen se fija mediante las reglas contenidas en el artículo 18 y concordantes de la LCSP.

- 2) A la vista del apartado anterior, se puede afirmar que, en sentido estricto, el “contrato mixto” no es un tipo contractual definido por la naturaleza de las prestaciones que lo caracterizan, como sí lo son, por ejemplo, las figuras recogidas en el artículo 12.1 de la LCSP que, en correspondencia con dicha naturaleza, tienen un estatuto legal propio y determinado, compuesto por normas prefijadas. Por el contrario, se trata de un concepto instrumental que el legislador utiliza para dotar de un régimen



jurídico cierto a los contratos que presentan elementos propios de varios de dichos tipos y a los que, consecuentemente, no se les puede aplicar automáticamente la normativa propia de alguno de ellos. Por lo tanto, tampoco hay propiamente una incorrecta calificación jurídica que suponga algún vicio de invalidez de los pliegos solo por el mero hecho de que, nominalmente, el negocio jurídico no se proclame expresamente como “mixto”. No obstante, dicha infracción sí se produciría, con independencia de la calificación formal adoptada, si la documentación contractual incluyera contenidos contrarios a los que se deducirían de la aplicación de las reglas del artículo 18 de la LCSP (por ejemplo, si se aplicaran erróneamente los umbrales de armonización del contrato de suministro del artículo 21 en lugar de los del contrato de obra del artículo 20, o si no se detallaran en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los efectos del contrato, como exige el artículo 122.2 de la LCSP por remisión del citado artículo 18).

- 3) Se observa que el recurso, más allá de indicar que el contrato incluye prestaciones típicas de los contratos de suministros y servicios y debió por lo tanto calificarse como mixto, no señala ninguna cláusula de los pliegos referida al procedimiento de adjudicación, a la ejecución del contrato o a cualquier otro aspecto que deba contenerse en ellos, contraria al régimen jurídico que se derivaría de la recta aplicación del artículo 18 de la LCSP. Llegados a este punto, hay que concluir que el motivo de recurso es puramente formal y no obedece a la defensa de un interés real, ya que no se acredita que su estimación pueda tener más consecuencias que las puramente nominalistas; es decir, no se especifica qué irregularidad incluyen los pliegos (basados en la categoría del contrato de suministro) que se hubiera evitado aplicando el citado artículo 18, más allá de la simple distinción nominal.



c) Conclusión

La estimación del primer motivo de recurso, esto es, el relativo a la falta de motivación de la no división de la prestación en lotes, conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación; no obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano pudiera emitir, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento de adjudicación con la misma configuración del objeto del contrato ahora analizada a la vista de la motivación que pudiera aportarse en los términos legalmente previstos.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ADVANCED STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L. frente a los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de Equipamiento para Central de Esterilización HUA-Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza, anulando los apartados de los pliegos relativos a la no división por lotes y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: Requerir al órgano de contratación que, de acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP, dé conocimiento a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko irailaren 9a
Vitoria-Gasteiz, 9 de septiembre de 2019