

Recurso 172/2022
Resolución 312/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 10 de junio de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECTON DICKINSON, S.A.** contra los pliegos y demás documentos contractuales que rigen el acuerdo marco denominado “Suministro de material fungible específico para perfusión por bombas volumétricas y de jeringas para tratamiento endovenoso de medicación y fluidos con disponibilidad de uso y mantenimiento de bombas compatibles con el sistema de infusión con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000072/2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de abril de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento. Su valor estimado asciende a 2.421.955,51 euros.

La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

SEGUNDO. El 5 de mayo de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BECTON DICKINSON, S.A. (B.D, en adelante) contra los pliegos y demás documentos contractuales que rigen la contratación mencionada.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente recibida en este Tribunal.

El 20 de mayo de 2022, el Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.



Habiéndose conferido trámite de alegaciones al recurso por plazo de cinco días hábiles, con traslado del escrito de recurso, al único licitador que, junto a la recurrente, ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación; no consta que las mismas se hayan formulado al día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, habiendo presentado oferta en la licitación con posterioridad a la interposición del recurso.

TERCERO. Acto recurrible

Son objeto de impugnación los pliegos y demás documentos contractuales que rigen un acuerdo marco de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la LCSP en sus apartados 1 b) y 2 a).

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el motivo de que la contratación regulada en los pliegos no tiene un precio cierto, vulnerándose lo establecido en los artículos 100, 102 y 301 de la LCSP.

La recurrente solicita la anulación de los pliegos que rigen la contratación y funda su pretensión en varios motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes. Comenzamos en este fundamento con el examen del primer motivo.

1. Alegaciones de la recurrente.

BD esgrime que los pliegos vulneran los artículos 100, 102 y 301 de la LCSP en la medida que contemplan determinadas prestaciones para los que no existe previa consignación presupuestaria, ni están expresamente retribuidas. Al respecto, aduce lo siguiente:

a) El apartado 2.1 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) contempla que la presente contratación conlleva la puesta a disposición por parte de la adjudicataria del equipamiento necesario para la utilización del material suministrado, debiendo asumir esta los gastos de su mantenimiento. En concreto, tal y como se establece en el apartado 2.1.1 del PPT, la empresa adjudicataria de la agrupación 1 (lotes 1, 2 y 3) deberá poner a disposición del Servicio Andaluz de Salud 1754 bombas volumétricas y 910 bombas de jeringa durante toda la vigencia del



contrato, lo que implica un gran coste. Además, también se exige que las bombas sean certificadas de nueva fabricación, no habiendo sido utilizadas previamente en otros centros. No obstante, en la memoria económica y en los pliegos no se cuantifica el valor de estas prestaciones, ni se establece para las mismas una contrapartida específica, ni se detalla el método utilizado para su valoración, siendo dicha información totalmente desconocida para los licitadores.

b) El apartado 2.3 del PPT establece que, una vez finalizado el contrato, los trabajos de retirada se realizarán por cuenta del contratista sin coste alguno para el Servicio Andaluz de salud. Para esta prestación, en cuanto genera un coste cuantificable económicamente a la adjudicataria, también debe fijarse un precio concreto.

c) El apartado 2.4 del PPT señala que la empresa adjudicataria deberá realizar a su cargo el mantenimiento integral de los equipos puestos a disposición, de modo que los mismos se encuentren en todo momento en perfecto estado de uso, sin que tampoco se prevea en la memoria económica ni en el expediente de contratación la estimación del precio de dicho mantenimiento.

Cita en apoyo de este primer motivo de impugnación diversas resoluciones de los órganos de resolución de recursos contractuales; entre ellas, las Resoluciones 463/2021 y 48/2016 de este Tribunal.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

a) El objeto del contrato incluye las prestaciones necesarias para el funcionamiento de los bienes que se licitan los cuales precisan para su normal utilización de bombas volumétricas y bombas de jeringas.

b) La memoria justificativa del contrato indica que en el montante económico se ha tenido en cuenta el coste de la disponibilidad de uso y mantenimiento de los equipos necesarios para su utilización, así como el beneficio empresarial, cuyo desglose porcentual en tipología de coste aplicable no es posible realizar *“porque dicho extremo depende del lote, de las distintas ofertas según el lugar de fabricación del producto, atendiendo a si los licitadores son fabricantes, comercializadores, productores de la materia prima, volumen de ventas que tengan, etc.”*

Así, añade que, en la citada memoria, se establece un desglose de costes directos e indirectos cumpliendo lo dispuesto en la normativa vigente, la cual en ningún momento establece la necesidad de señalar de forma independiente cada uno de los conceptos que pueden encuadrarse en el contexto de un coste directo o indirecto de prestación del suministro.

c) En el coste del material objeto de cesión en uso está no solo su puesta a disposición sino también su retirada cuando ya haya finalizado el contrato y máxime cuando el mismo no es propiedad del órgano de contratación.

d) El coste del equipamiento de las bombas engloba su mantenimiento y correcto estado de funcionamiento. De lo contrario estaríamos ante un incumplimiento contractual al poner a disposición del órgano gestor bienes que no pueden ser utilizados en el normal desarrollo de la actividad asistencial que tiene encomendada.

Y concluye señalando que *“resulta llamativo”* que la recurrente alegue carencia de justificación razonada del presupuesto cuando ha presentado oferta en la licitación y que, en la licitación de un contrato similar en el



ámbito de la provincia de Almería, no planteó impugnación por estos motivos “a pesar de disponer de una justificación menos prolija”.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. Para ello, hemos de partir de contenido de las determinadas cláusulas del PPT que contemplan ciertas prestaciones a cargo del adjudicatario. En concreto, son las siguientes:

- Cláusula 2.1.1 (Equipamiento específico para la utilización de los artículos contenidos en AGRUPACIÓN 1 -Lotes 1, 2 y 3-): “La empresa adjudicataria de la Agrupación 1 (lotes 1, 2 y 3), deberá poner a disposición del Servicio Andaluz de Salud: 1.754 BOMBAS VOLUMÉTRICAS y 910 BOMBAS DE JERINGA que se distribuirán en los siguientes centros sanitarios vinculados al contrato”.
- Cláusula 2.3 (Retirada): “Una vez finalizado el contrato, los trabajos de retirada se realizarán por cuenta del contratista bajo la supervisión del servicio técnico de cada Centro Sanitario, sin coste alguno para el Servicio Andaluz de Salud”.
- Cláusula 2.4: “Las empresas adjudicatarias realizarán a su cargo el mantenimiento integral de los equipos puestos a disposición, de modo que los mismos se encuentren en todo momento en perfecto estado de uso.”

La recurrente sostiene, en esencia, que las prestaciones contempladas en tales cláusulas suponen un gran coste, sin que para las mismas se haya previsto consignación presupuestaria en los pliegos ni estén expresamente retribuidas; a lo que opone el órgano de contratación que en la determinación del presupuesto se ha tenido en cuenta el coste del uso y mantenimiento de los equipos.

Al respecto, en la memoria justificativa y en el apartado 9.2.3 del cuadro resumen del propio pliego se indica que “Atendiendo a los bienes que se licitan, la fijación del precio unitario de cada uno de ellos se ha realizado en base a la información económica disponible en el sistema de información SIGLO (módulo logística y catálogo), lo que permite determinar que se trata de un precio de mercado, en la medida que responde a precios ofertados por los operadores económicos en procesos de compra realizados en diversos órganos de contratación de esta Administración Sanitaria.

El hecho de tratarse de un acuerdo marco de suministro, en el detalle del precio unitario de mercado están incluidos los conceptos tendentes a su fabricación, logística, distribución, gastos generales, administración, el coste de la disponibilidad de uso y mantenimiento de los equipos necesarios para su utilización, así como beneficio empresarial, cuyo desglose porcentual, en tipología de coste aplicable, no es posible realizar porque dicho extremo depende de cada lote, de las distintas ofertas según el lugar de fabricación del producto, atendiendo a si los licitadores son fabricantes, comercializadores, productores de materia prima, volumen de ventas que tengan etc

Adicionalmente y de forma ilustrativa, se han considerado dos de los ratios establecidos para el sector de la actividad CNAE: G466 (Comercio al por mayor de otra maquinaria, equipos y suministros), para una vez aplicado al valor de venta determinar el margen bruto y el coste de personal directo:

Valor de las ventas:100 %..... 1.100.888,87 €

Valor añadido/cifra neta de negocios: 22,04 %..... 242.635,91 €

Gastos de Personal/cifra de negocios...16,33 %..... 179.775,15



Tomando como base la Resolución de 14 de abril de 2015, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción, podemos estimar la distribución de los costes y el beneficio industrial:

Total costes de ventas = costes directos + costes indirectos.

Beneficio industrial = Venta -total de costes.

Costes directos: Gastos de fabricación, logística y distribución.

Costes indirectos: Gastos generales de estructura y costes de administración.

Coste directo;..... 77,96 %..... 858.252,967 €

Coste indirecto:17,64 %.....194.196,80 €

Resultado de explotación (Bº Industrial) 4,4 % 48.439,11 €.”

Pues bien, no es objeto de controversia que la cesión de uso y mantenimiento de las bombas volumétricas y las bombas de jeringa deban estar retribuidas. El órgano de contratación reconoce que ha de ser así y se remite a la memoria y al cuadro resumen donde se indica que el coste de esas prestaciones está incluido en “el precio unitario de mercado” de los bienes. Ahora bien, ha de darse la razón a la recurrente cuando afirma que ese coste no está expresado, aunque fuere a modo de porcentaje o parte alícuota, en el cálculo del precio unitario máximo de cada lote, de manera que siendo las prestaciones señaladas de gran importancia en la licitación -pues se hallan vinculadas estrechamente al suministro- se desconoce qué repercusión hayan podido tener en la determinación del precio unitario máximo, ni cuál ha sido el método utilizado para su valoración.

Y frente a tal circunstancia no resulta suficiente la afirmación hecha en la memoria y en el cuadro resumen de que no es posible el desglose porcentual de estas partidas por depender del lote y de las ofertas según el lugar de fabricación, volumen de ventas o condición del licitador como comercializador, fabricante o productor de materia prima. Tal obstáculo, de existir, podría constituir una dificultad, pero no un impedimento pues el órgano de contratación siempre puede realizar un cálculo aproximado (i) basándose en su propia experiencia de compra y en la de otros órganos de contratación y (ii) oteando los precios de mercado de los distintos fabricantes, al igual que tendría que hacerlo si el objeto del contrato consistiera solo en esas prestaciones de cesión de uso y mantenimiento de dicho equipamiento. A lo anterior se suma que tampoco se han reflejado siquiera esos costes en el desglose de los costes directos e indirectos.

En definitiva, no es posible conocer si el precio unitario máximo por lote es adecuado a los precios de mercado, pues el mismo no solo comprende el material fungible específico de cada lote, sino también las prestaciones antes señaladas que, dado su carácter necesario y su directa vinculación al suministro licitado, han de tener un reflejo económico expreso en la fijación de aquel precio unitario, sin que baste la mera indicación de que el coste está incluido, cuando dicho extremo no está acreditado.

En tal sentido, se ha pronunciado previamente este Tribunal en su Resolución 96/2022, de 4 de febrero, donde indicábamos en un asunto similar que *“la necesidad de desglose devendría igualmente necesaria desde otra perspectiva adicional. Téngase en cuenta que el precio se ha determinado por precios unitarios (apartado G del cuadro resumen del PCAP); en concreto, el apartado 12 del PPT señala un precio unitario por sesión de hemodiálisis de 43 euros, e indica que «El coste de todo el material accesorio, la cesión de equipamiento, y servicios accesorios, así como el suministro de materiales, servicios, equipo e instrumental, accesorio o auxiliar necesario para la utilización de los artículos, formará parte del precio por sesión ofertado». Resulta, pues, que el precio unitario es, teóricamente, el resultado de la suma una serie de costes, pero se echa absolutamente en falta la más mínima mención en los pliegos sobre el porcentaje o proporción de cada uno de ellos en la determinación de aquel precio unitario. Se desconoce, pues, cómo se llega a esa cuantía de 43 euros por sesión de hemodiálisis y si este importe resulta adecuado y es comprensivo de los costes de todas las prestaciones que lo determinan”*.



Debe, pues, estimarse el motivo en el sentido expuesto.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el motivo de vulneración del artículo 145.5 de la LCSP por falta de concreción en la puntuación de los criterios de adjudicación de evaluación automática relativos a la valoración funcional del producto.

1. Alegaciones de la recurrente.

B.D esgrime que los criterios de evaluación no automática relacionados con la valoración funcional del producto y la obtención del umbral mínimo de 10 puntos *“quedan discrecionalmente en manos de la mesa de contratación, al no establecerse unos criterios concretos y determinados que permitan atribuir unas horquillas de puntuación en virtud de una mayor o menor acreditación de los criterios de calidad, de envasado y de etiquetado, lo que claramente vulnera los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, puesto que los licitadores no pueden conocer de antemano el criterio de ponderación que utilizará el órgano de contratación”*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo del recurso y aduce, en síntesis, lo siguiente:

a) El umbral mínimo establecido cumple lo previsto legalmente, al disponer de un “peso” que no supera el 50% de la puntuación que se otorga a los criterios de evaluación no automática.

c) El criterio de adjudicación impugnado contempla dos ítems, cada uno de los cuales dispone de una puntuación máxima. Y añade que *“No se ha dejado nada a la discrecionalidad de la Mesa de Contratación, cuando se ha detallado de forma exhaustiva los ítems valorativos de los citados criterios no automáticos”* y que será en el momento de valoración de las ofertas cuando habrá que examinar si se ha producido arbitrariedad por haberse tenido en cuenta aspectos no detallados en los pliegos.

3. Consideraciones del Tribunal.

La controversia gira en torno a la adecuación a derecho del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor correspondiente a la valoración funcional del producto, cuya redacción es la siguiente conforme al Anexo I del PCAP:

“2 CRITERIOS NO AUTOMÁTICOS: 20 PUNTOS UMBRAL MÍNIMO 10 PUNTOS

2.1 VALORACIÓN FUNCIONAL DEL PRODUCTO:

La valoración de este apartado se efectuará en base a la documentación técnica y a las muestras aportadas por los licitadores. Características técnicas y funcionales de los productos ofertados, adicionales a las exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas:

-La Calidad: De 0 a 17 puntos

La facilidad y seguridad de la unión luer-lock de los sistemas con los puertos de accesos de diversos fabricantes; La rigidez del punzón y su capacidad de perforar el tapón del reciente de sueroterapia, la rigidez o flexibilidad de la línea de infusión, la cámara de goteo en cuanto a la visibilidad y facilidad de llenado, la toma de aire con filtro, la facilidad de deslizar la llave reguladora y su eficacia a la hora de bloquear el paso de líquidos, la presencia de puntos adicionales de inyección y su conexión a jeringas de diversos fabricantes, la presencia de clips de seguridad adicionales y su facilidad de activación, desactivación y eficacia, la presencia de un sistema que clampe de forma automática el sistema al desconectar de la bomba.



-Envasado y etiquetado: De 0 a 3 puntos

Facilidad de apertura para preservar la esterilidad en el momento de uso. La facilidad de identificación y lectura del número de lote y caducidad del artículo”.

Se observa, pues, que existe un único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor ponderado con hasta 20 puntos, que se halla desglosado en dos subcriterios: de un lado, la calidad -ponderada con hasta 17 puntos- y de otro, el envasado y etiquetado- valorados con hasta 3 puntos-. La controversia suscitada pivota sobre la inexistencia de reglas de ponderación en los subcriterios. A juicio de la recurrente, ello infringe los principios básicos de la contratación y confiere un ámbito de discrecionalidad excesiva a la mesa de contratación, oponiendo el órgano de contratación que los aspectos de evaluación se han detallado exhaustivamente.

Procedemos, pues, al examen de la cuestión. El artículo 145.5 de la LCSP dispone que los criterios de adjudicación deben cumplir, entre otros, los siguientes requisitos:

- a) vinculación al objeto del contrato, en todo caso.
- b) formulación de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, no confiriendo al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

Esta redacción del vigente artículo 145 del texto contractual obedece la transposición del artículo 67 de la Directiva 2014/24 y está en absoluta sintonía con la doctrina de los tribunales de recursos contractuales que ya venían denunciando en sus resoluciones, bajo la vigencia del texto legal anterior, que algunos criterios de adjudicación, en particular, los sujetos a juicio de valor, o bien carecían de vinculación al objeto del contrato o no estaban formulados de manera objetiva al no establecer adecuadamente los aspectos evaluables y las pautas a seguir para su ponderación con clara vulneración del principio de igualdad de trato a la hora de preparar las ofertas.

En tal sentido, es doctrina reiterada del Tribunal (v.g. Resoluciones 137/2017, 157/2018, 192/2019, 199/2019, 331/2019 y 354 de 2019, entre otras) que:

- Los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor deben precisar y detallar los aspectos sujetos a evaluación y las pautas necesarias para su ponderación, de modo que, suponiendo un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no pueden otorgar al mismo una libertad de decisión ilimitada, debiendo favorecer la igualdad y transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

- El grado de concreción exigible a los criterios en los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración.

No basta, pues, con la indicación de los aspectos sujetos a valoración, sino que es necesario que se indiquen pautas de ponderación que enmarquen el juicio técnico posterior del órgano evaluador quien debe conocer, a través de los pliegos, qué elementos, atributos o ventajas de las ofertas permitirán otorgar mayor o menor puntuación. Es decir, respetando la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas, el órgano evaluador



tiene que atribuir la puntuación conociendo de antemano qué aspectos o cualidades de la oferta se valoran y de qué modo.

Así, y en lo que aquí interesa, en la antes citada Resolución 192/2019 señalábamos que “(...) *no existen tampoco pautas o reglas de ponderación que permitan encuadrar la valoración en un marco razonable de discrecionalidad. El pliego efectúa una escala de calificaciones que va desde óptima (20 puntos) a apta (0 puntos) pasando por las intermedias de excelente (15 puntos), muy buena (10 puntos) y buena, pero no indica qué elementos se tomarán en consideración para alcanzar cada una de esas calificaciones como sería por ejemplo ofertar o no en todos los aspectos evaluables o determinar cuál tiene más preponderancia en la asignación de puntos o si todos tienen el mismo valor.*

En realidad la escala de puntuaciones del pliego solo sirve para calificar formalmente las ofertas por tramos de puntuación, pero no ofrece ninguna pauta de ponderación al órgano evaluador para enmarcar su juicio técnico”.

En el supuesto aquí examinado, la redacción de los subcriterios del criterio “valoración funcional del producto” describen con detalle los aspectos sujetos a valoración, pero ello no puede suplir la total ausencia de pautas o reglas para ponderar y distribuir los puntos que, en el caso de la calidad, alcanzan hasta 17, valor nada desdeñable para determinar la adjudicación del contrato en favor de una u otra oferta.

Procede, pues, acoger el motivo del recuso y anular el criterio de adjudicación impugnado.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo de improcedente justificación de la no división en lotes del objeto del contrato.

1. Alegaciones de la recurrente.

B.D aduce que el objeto del contrato está constituido por una única agrupación de lotes que integra los lotes 1, 2 y 3, debiendo presentarse oferta en todos ellos. Manifiesta que lo anterior implica que el contrato no se divida realmente en lotes, siendo a su juicio arbitraria la falta de división al no haberse justificado suficientemente.

En concreto, la recurrente se opone a la justificación de la no división obrante en el expediente de contratación con los siguientes argumentos:

a) La afirmación de la memoria justificativa relativa a que: “*El que exista un único modelo de bomba tanto volumétrica como de jeringa garantiza un uso adecuado de estos sistemas que favorece el aprendizaje y destreza en el manejo de los mismos, y por tanto aumentar (sic) la seguridad del paciente al reducir posibles errores en el manejo. Uno de los mejores métodos es reducir la variabilidad de los sistemas, lo cual se consigue disminuyendo, en lo posible, la diferente tipología de equipos a utilizar*” podría ser cierta, en su caso, a nivel de cada hospital. Por tanto, al englobar el contrato 6 centros hospitalarios, nada impide que se pueda suministrar un único modelo a cada centro. Además, el hecho de suministrar diferentes modelos por hospital permitiría adaptar la solución facilitada a las concretas necesidades de cada centro hospitalario, mejorando a la larga la eficiencia (reducción de precio) y la seguridad de los pacientes, así como el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la licitación (PYMES)

Por otro lado, BD señala que tal afirmación de la memoria carece de sentido pues, si se extrapola a la práctica hospitalaria general, implicaría que los centros sanitarios siempre deban disponer de los mismos equipos para



realizar un determinado tratamiento o prueba y así poder reducir errores y mejorar la seguridad del paciente. En tal sentido, matiza que *“según esta teoría del órgano de contratación, todos los hospitales deberían disponer, por ejemplo, de las mismas máquinas de rayos x, de resonancia magnética, de las mismas bombas oncológicas o de los mismos sistemas de hemodiálisis, lo cual carece de fundamento y es inviable”*.

b) Es errónea la afirmación de la memoria justificativa de que *“Desde el punto de vista funcional y organizativo, disponer de varios modelos de bombas y fungibles para un mismo fin, es totalmente improductivo e ineficiente. Unificándolos, obtenemos los siguientes beneficios: 1. Mejora el traslado del paciente a diferentes áreas pudiendo apilar las bombas volumétricas y de jeringas, 2. Reduce el espacio de almacenaje de los equipos de bombas, 3. Mejora el espacio de abordaje de los profesionales en la atención al paciente, 4. Reduce las cargas de trabajo de los profesionales al mejorar el traslado de éstas”*, pues la realidad es justamente la contraria ya que la división en lotes por hospital evita posibles problemas funcionales y organizativos y permite atender las necesidades de cada hospital de una manera personalizada y adecuada a sus concretas necesidades. Además, al existir una mayor competencia entre empresas se reducirían los precios con el consiguiente beneficio para la Administración pública.

Asimismo, señala que el hecho de que existiera un modelo por cada centro hospitalario no dificulta, impide, ni pone en riesgo el traslado de pacientes a diferentes áreas, pues bastaría con cambiarle la bomba a la llegada al nuevo centro, estando los profesionales de este totalmente cualificados para su manejo. Y concluye afirmando que tampoco está fundamentado que el hecho de no dividir el contrato en lotes más asequibles mejore el almacenaje de las bombas ni el espacio de abordaje de los profesionales en la atención al paciente, ni mucho menos que reduzca la carga de trabajo de los profesionales ya que si, por ejemplo, se hiciera un lote por cada hospital, todas las máquinas del centro serían del mismo modelo y la situación en la práctica sería la misma que si todos los hospitales tuvieran los mismos equipos.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo del recurso anteriormente expuesto señalando, en síntesis, (i) que tanto la memoria justificativa del expediente como el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) especifican las razones que justifican la no división en lotes y (ii) que es de su competencia la configuración del objeto del contrato, no pudiendo la recurrente solicitar *“un diseño del expediente (en lotes o en agrupaciones de lotes) que se acomode a los intereses del mismo, en un intento de garantizar que los productos a suministrar lo sean por centro hospitalario y no con carácter provincial”*.

Por último, vuelve a esgrimir la coherencia en las actuaciones administrativas en la medida que la recurrente no impugnó tal extremo en una contratación anterior con similitudes en cuanto a la configuración del objeto en agrupaciones.

3. Consideraciones del Tribunal.

Para dar respuesta a la controversia planteada hemos de partir de la regulación legal y doctrina acuñada sobre la materia por los órganos de resolución de recursos contractuales; en particular, por este Tribunal.

El artículo 99.3 de la LCSP, recogiendo las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, establece 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, 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».

Resulta, pues, incuestionable desde un punto de vista legal que la división del objeto del contrato en lotes debe ser la regla general -sobre todo tratándose de grandes contratos- y ello con la clara finalidad de promover la concurrencia y favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas en las licitaciones públicas. Ahora bien, esta regla general admite excepciones cuando existan motivos válidos previamente justificados en el expediente de contratación que aconsejen la unidad del objeto en lugar de su fraccionamiento. Esta posibilidad que asiste al órgano de contratación para sostener y motivar la indivisión entronca con el ámbito de discrecionalidad del que goza para la configuración del objeto contractual, atendiendo al mejor modo de satisfacción de las necesidades públicas.

En definitiva, el legislador pretende conciliar los principios básicos de la contratación pública y especialmente, el de libre concurrencia con la mejor y más adecuada satisfacción de las necesidades públicas, de manera que si el órgano de contratación aporta motivos válidos para mantener la unidad del objeto y hace públicas dichas razones en el expediente o en los pliegos, la excepción puede imponerse a la regla general del fraccionamiento. Ahora bien, como señala el propio artículo 99.3 de la LCSP, los motivos para la indivisión han de ser válidos, pudiendo ser los que indica el propio precepto u otros, pero ello pasa siempre por realizar una justificación “*ad hoc*”, concreta y específica en relación con la contratación de que se trate, no pudiendo prosperar razones que sean meramente formales, genéricas o imprecisas y que no obedezcan a una decisión del órgano de contratación claramente vinculada a la mejor satisfacción del interés público que representa el contrato.

Por lo demás, al regir en esta materia el principio de discrecionalidad técnica, este Tribunal podrá discutir si existe motivación y/o si esta es suficiente, debiendo respetar los razonamientos técnicos de la decisión del órgano de contratación, salvo manifiesto error o falta de concreción y adecuación de los mismos al supuesto de que se trate.

Lo anterior determina que, una vez salvaguardados estos límites de la discrecionalidad técnica en la decisión de no dividir el contrato en lotes, cualquier otro planteamiento técnico distinto al del órgano de contratación que puedan esgrimir los recurrentes supondrá una justificación paralela a la del mismo, que no podrá prevalecer sobre la de dicho órgano al que se presume imparcial y conecedor del interés público que satisface el contrato. Como señala la Resolución 1165/2019, de 21 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, «*que el planteamiento hecho por el recurrente sea técnicamente admisible o viable, no puede considerarse elemento suficiente para hacer decaer un criterio administrativo motivado y reflejado en el expediente.*»



Tampoco la existencia de precedentes puede sostener un pronunciamiento anulatorio, por cuanto puede ser la experiencia obtenida, precisamente la que haya conducido a un cambio en el criterio».

Así pues podemos extraer las siguientes conclusiones en la materia:

- 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, en atención a la satisfacción del interés público, 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.

Lo hasta ahora expuesto responde, asimismo, a la doctrina que ha ido acuñando este Tribunal. Así, se citan las Resoluciones 190/2019 y la más reciente 56/2022, en la medida que hacen referencia expresa al criterio en la misma línea argumental de otros tribunales de recursos contractuales.

Pues bien, sobre estas premisas debe analizarse la justificación de la no división del objeto contractual, teniendo en cuenta que dicho objeto se configura como una única agrupación integrada por tres lotes (agrupación 1: lotes 1, 2 y 3) a los que necesariamente hay que concurrir, sin que sea posible licitar a lotes individuales. Así, la memoria justificativa del contrato y el apartado 5.4 del cuadro resumen del PCAP tienen la misma redacción y señalan lo siguiente:

“Desde un punto de vista de la seguridad del paciente, existen determinados condicionantes en la adjudicación de material fungible para uso con bombas volumétricas o de jeringas de perfusión endovenosa:

El que exista un único modelo de bomba tanto volumétrica como de jeringa garantiza un uso adecuado de estos sistemas que favorece el aprendizaje y destreza en el manejo de los mismos, y por tanto aumentar la seguridad del paciente al reducir posibles errores en el manejo. Uno de los mejores métodos, es reducir la variabilidad de los sistemas, lo cual se consigue disminuyendo, en lo posible, la diferente tipología de equipos a utilizar.

Desde el punto de vista funcional y organizativo, disponer de varios modelos de bombas y fungibles para un mismo fin, es totalmente improductivo e ineficiente. Unificándolos, obtenemos los siguientes beneficios:

- 1. Mejora el traslado del paciente a diferentes áreas pudiendo apilar las bombas volumétricas y de jeringas.*
- 2. Reduce el espacio de almacenaje de los equipos de bombas.*
- 3. Mejora el espacio de abordaje de los profesionales en la atención al paciente.*
- 4. Reduce las cargas de trabajo de los profesionales al mejorar el traslado de éstas.*

Desde el punto de vista asistencial y de seguridad del paciente, el uso de un mismo material para estos equipos mejora la calibración, fiabilidad y la precisión de la dosis a infundir.

Se solicita que el material fungible sea compatible con un único modelo de bomba volumétrica y de jeringas y, a la vez, las bombas sean compatibles, apilables y almacenables entre sí.

Se solicita sistemas para las bombas volumétricas:

Equipo de infusión estándar.

Se solicita 1 jeringa para bombas de jeringa:

Jeringa 50 ml estándar.

Se solicita 1 alargadera vinculada a la jeringa:

Alargadera transparente”.



Pues bien, para delimitar adecuadamente el objeto del debate, hemos de indicar que la motivación de la falta de división del objeto contractual existe y se ha incorporado al expediente y a los pliegos. Lo que discute la recurrente es, precisamente, la validez de dicha motivación y, al combatirla, revela que la división del objeto que considera adecuada sería el suministro por centro hospitalario y no atendiendo al ámbito provincial. Así lo demuestran expresiones utilizadas en el recurso como *“el hecho de suministrar diferentes modelos por Hospital permitiría adaptar la solución facilitada por cada empresa a las concretas necesidades de cada centro hospitalario, mejorando a la larga la eficiencia (reducción de precio) y la seguridad de los pacientes”* o *“la división en lotes por hospital favorece claramente el evitar posibles problemas funcionales y organizativos (...)”* o *“el hecho de que exista un modelo por cada centro hospitalario no dificulta, ni impide, ni pone en riesgo, el traslado de pacientes a diferentes áreas, tanto en cuanto bastaría con cambiarle la bomba a la llegada al nuevo centro, estando los profesionales de éste totalmente cualificados para su manejo.”*

En este punto, una lectura de la justificación esgrimida por el órgano de contratación pone de manifiesto que la unidad del objeto contractual encuentra su base en razones de índole asistencial relacionadas con la seguridad del paciente y en razones funcionales u organizativas. Respecto a cada una de ellas, la memoria y el cuadro resumen explicitan argumentos que para el órgano de contratación evidencian aquellas, como el más rápido aprendizaje y destreza en el manejo de los materiales evitando posibles errores o la mejora en la calibración y precisión de las dosis a infundir a los pacientes (argumentos asistenciales); y la mejora en los traslados del pacientes y el abordaje de los profesionales que los atienden o la reducción del espacio de almacenaje y de las cargas de trabajo de los profesionales, en lo que se refiere a las razones funcionales u organizativas.

Al respecto, conviene incidir en que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor 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 (v.g. Resoluciones 295/2016, 203/2017, 109/2018 y 162/2018).

En el supuesto analizado, debe concluirse, pues, que frente a esta discrecionalidad en la configuración unitaria del objeto no puede prevalecer el diseño del contrato que la recurrente considere adecuado y que más se ajuste a sus propios intereses empresariales. No se discute que los argumentos de B.D puedan ser adecuados, sino que pretendan imponerse a los que la Administración sanitaria previamente ha expuesto en el expediente y en el propio PCAP, cuando estos pueden ser igualmente válidos.

Por otro lado, tampoco se aprecia error patente ni arbitrariedad en la motivación administrativa de la indivisión. B.D refiere error en alguna afirmación realizada en la memoria justificativa, si bien lo hace para argumentar la tesis que parece sostener sobre división en lotes en función de los distintos centros hospitalarios, pero sin llegar a revelar equivocación intrínseca en el argumento del órgano de contratación.

En definitiva, pues, el motivo debe desestimarse en el entendimiento de que el órgano de contratación ha cumplido lo dispuesto en el artículo 99.3 de la LCSP, al justificar válidamente en el expediente la unidad del objeto contractual.

Con base en las consideraciones realizadas en el cuerpo de la presente resolución, al haberse estimado los dos motivos anteriores del recurso, la estimación de este ha de ser parcial procediendo anular el contenido de los



pliegos que se ha estimado contrario a derecho, lo que lleva consigo la propia anulación de aquellos y demás documentos contractuales, incluidos aquellos otros actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECTON DICKINSON, S.A.** contra los pliegos y demás documentos contractuales que rigen el acuerdo marco denominado “Suministro de material fungible específico para perfusión por bombas volumétricas y de jeringas para tratamiento endovenoso de medicación y fluidos con disponibilidad de uso y mantenimiento de bombas compatibles con el sistema de infusión con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000072/2021) y en consecuencia, anular dichos actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 20 de mayo de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

