Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 4/2022

Acuerdo 13/2022, de 26 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "B. BRAUN MEDICAL, S.A.", frente a los pliegos que rigen el contrato denominado «Material necesario para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración on-line en la unidad de diálisis de agudos del Hospital Universitaria Miguel Servet de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de agosto de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el día 16 de agosto siguiente. Según figuraba en los citados anuncios, el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 15 de septiembre de 2021.

El día 1 de septiembre de 2021 se publicó –en la misma Plataforma- una rectificación del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rigen la licitación, sin alterar el plazo de presentación de ofertas.

Se trataba de un contrato de suministro, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 514 710 euros, IVA excluido.

Segundo.- Con fecha 6 de septiembre de 2021 fue interpuesto ante el órgano de contratación, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación por don A.J.A., en nombre y representación de la mercantil "NIPRO MEDICAL SPAIN, S.L.", frente a los pliegos que regían el citado contrato.

A dicho recurso, atendiendo a su orden de llegada se le asignó el número 104/2021 y fue resuelto mediante el Acuerdo 103/2021, de 4 de noviembre, en sentido estimatorio, ordenando la anulación de las cláusulas y prescripciones impugnadas y con ello, la anulación de los propios pliegos y del procedimiento de licitación.

Tercero.- El día 20 de diciembre de 2021 se envió, para su publicación, al Diario Oficial de la Unión Europea, nuevo anuncio de licitación del contrato aludido en los antecedentes anteriores. El mismo anuncio y los pliegos que rigen la licitación, se publicaron –respectivamente, los días 22 y 23 de diciembre siguientes- en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Según figura en los citados anuncios, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 24 de enero de 2022.

Se trata de un contrato de suministro, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 568 890 euros, IVA excluido.

Cuarto.- Con fecha 11 de enero de 2022, fue interpuesto ante el órgano de contratación, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación por doña C.C.G., en nombre y

representación de la mercantil “B. BRAUN MEDICAL, S.A.”, frente a los nuevos pliegos que rigen el contrato.

Quinto.- El día 14 de enero de 2022, el órgano de contratación dio traslado del escrito de recurso a este Tribunal, remitiendo asimismo, el expediente e informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “B. BRAUN MEDICAL, S.A.” para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es de 568 890 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la LMMCSPA y se dirige contra los pliegos que rigen el procedimiento de contratación de referencia, actuación susceptible de impugnación *ex* artículo 44.2.a) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a analizar los motivos que se aducen en el mismo en cuanto al fondo.

Así, afirma la actora que los pliegos impugnados son contrarios a Derecho porque el objeto del contrato debería dividirse en dos lotes o posiciones, de los cuales, según la recurrente, uno solo podría ser suministrado por una mercantil, lo que determina que se produzca la adjudicación de todo el contrato a esa

mercantil, siendo que las posiciones a suministrar, son de realización independiente, lo que permitiría su adjudicación por separado.

Además, discute la justificación para no dividir en lotes dada en la memoria justificativa, dando una opinión contraria a la misma y considerando además que en todo caso resulta insuficiente, si bien no acompaña de actividad probatoria alguna.

Por contra, el órgano de contratación en su informe opone lo siguiente:

«En nuestro caso, la propuesta de contratación del procedimiento justifica y motiva la no división en lotes de la siguiente manera:

"El objeto del contrato al que se refiere este pliego es la ejecución del servicio de Hemodiálisis de Alto Flujo y Depuración Selectiva de alto Cut-Off y Adsorción a pacientes a los que el SALUD tenga el deber legal o convencional de atender. Este servicio no está dividido en lotes, por lo que se contratará en su totalidad con un solo adjudicatario.

Habida cuenta del número estimado de tratamientos para cada modalidad (2.975 para cada una de ellas) y de los medios personales y materiales necesarios, la contratación del servicio en su totalidad a un solo adjudicatario permitirá compartir recursos personales y materiales y en consecuencia, facilitar el tratamiento y no incrementar costes.

Por otra parte, el contrato pretende satisfacer las necesidades en unas técnicas muy específicas y complejas, ya que el tratamiento realizado en la Unidad de Agudos implica una actuación inmediata en pacientes con patología grave y urgencia vital, siendo fundamental la formación y coordinación del personal sanitario. Consideramos que se facilita la atención y seguridad del paciente manejando recursos materiales similares para ambas técnicas, la Hemodiálisis de Alto Flujo y la Terapia Selectiva de Alto Cut-Off y Adsorción.

Por último, disponemos de un espacio limitado para almacenaje de material y monitores de diálisis, ya que dada la urgencia del tratamiento deben situarse próximos al espacio de realización de las diálisis, en el llamado Almacén de Semana. La asignación de ambas técnicas a un solo proveedor facilitaría contar con material de reserva compartido para ambas técnicas (un solo monitor de reserva, resto de material único). Duplicar proveedores implicaría mayor necesidad de espacio (del que no disponemos) y mayor complejidad del almacenaje.

Tras presentar esta justificación, consideramos que la valoración técnica del objeto del contrato atiende a la situación más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer. Por lo que la adjudicación recaerá en un solo licitador.»

Expuestos los términos en los que está planteado el debate, lo primero que debemos hacer es acudir al régimen legal de la división en lotes de los contratos, contenido en el artículo 99 de la LCSP que dispone lo siguiente:

«*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 conllevase 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.»

Pues bien, la doctrina de los diferentes órganos de resolución de recursos contractuales considera que la decisión de dividir en lotes un contrato, y en su caso, la forma en que éstos se constituyan, forma parte del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación, de acuerdo con las necesidades a satisfacerse. De tal manera que es una decisión sujeta también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, por lo que este Tribunal debe limitarse a comprobar si la justificación aportada por el órgano de contratación para no dividir en lotes su contrato es razonable y no arbitraria.

En el presente caso, además del informe sobre el recurso, existe en el expediente uno del organismo proponente del contrato, en el que justifican los motivos por los que se entiende que la falta de división en lotes va a permitir servir para la finalidad que se pretende satisfacer con el contrato, con mayor eficiencia y eficacia.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 2001/2019, al respecto de una cuestión planteada en idénticos términos concluye lo siguiente, tras haber hecho una exposición general sobre la materia de la división en lotes:

"... *Los motivos válidos aducidos y justificados por el órgano de contratación en el expediente son organizativos, de control, de asignación de responsabilidades, aprovechar economías* a *escala, permitir la introducción de tecnología medioambientalmente sostenible, entre otros, siendo además algunos dichos motivos calificables entre los expresamente recogidos en como motivos válidos por el artículo* 99.3 *de la LCSP Existen pues motivos válidos adecuadamente justificados en el expediente como exige la LCSP y es por tanto validado el pliego en este punto...*"

Por todo ello, no se aprecia arbitrariedad ni error manifiesto en la justificación dada, habiéndose justificado la falta de división en lotes de forma suficiente, y coherente con la necesidad del contrato, aludiendo a motivos técnicos, organizativos y económicos, que se encuadran en los motivos válidos a que se refiere el artículo 99.3 de la LCSP, por lo que debe desestimarse el presente motivo.

TERCERO.- Como segundo motivo del recurso, alega la recurrente la vulneración del artículo 126 de la LCSP por no permitir a los licitadores el acceso en *condiciones* de igualdad al procedimiento de contratación y crear obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia, pues las características técnicas exigidas solo puede cumplirlas una mercantil.

Pues bien, para justificar tal alegación la recurrente se limita a citar y reproducir parte de dos resoluciones de recurso especial, pero sin dar ninguna argumentación más, ni siquiera acerca de en que forma resulta trasladable tal

doctrina al presente supuesto –y por supuesto, sin llevar a cabo actividad probatoria alguna-.

Sobre las exigencias mínimas que deben concurrir en los escritos de recurso especial a juicio de este Tribunal, participan otros órganos encargados de la resolución de recursos contractuales. Así, resulta ilustrativo el razonamiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia en su Resolución 26/2018, 15 de julio, que recopila resoluciones recogiendo dicho parecer:

«*La primera de ellas es que nuestra resolución debe ser congruente con lo solicitado por el recurrente en base a lo que el mismo alega, como resulta del artículo 57 LCSP. En segundo lugar, que la carga de lograr el convencimiento de este Tribunal para que se llegue a lo solicitado en el recurso corresponde, de inicio, al recurrente, el cual debe recoger un desarrollo suficiente en su argumentación para esto, sin que se pueda llegar a suplir de oficio tal carga. Evidentemente, eso no siempre va ligado a la extensión mayor o menor del texto del recurso, sino a que se recojan todos los pasos de su razonamiento, presupuesto, en definitiva, de la pretensión que solicita. De hecho, esto también es necesario para que el órgano de contratación, en su informe que puede remitir en el campo de este recurso, y los interesados, en cuanto a sus alegaciones, tengan plena compresión de ese razonamiento actor.*

Estas consideraciones son acogidas por otros Tribunales de recursos contractuales, como son muestra las siguientes Resoluciones, de fechas muy actuales: - Resolución 141/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (OARC/KEAO): " Conforme al artículo 44.4 TRLCSP, el escrito de recurso deberá concretar los motivos en que se fundamenta y, por ello, no se pueden aceptar denuncias o solicitudes genéricas de revisión, sin que el recurrente aporte la más mínima motivación sobre la petición de exclusión de la oferta impugnada ni especifique el concreto incumplimiento denunciado (ver, en este sentido, Resolución 130/2015 y Resolución 108/2016

del OARC/KEAO). El propio procedimiento de recurso especial establece una vía procesal concreta con la finalidad de que el recurrente pueda concretar y motivar sus pretensiones." - Resolución 203/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC): "… como hemos dicho en la reciente Resolución 420/2017, el escrito de recurso no contiene denuncia de infracción de ordenamiento jurídico alguno. Contiene, como señala el órgano de contratación, propuestas de modificación a los pliegos en atención a los objetivos que en esta materia defiende la recurrente. Ya la STS de 5-11-1992, cas. 54/1991, señaló que en la acción entablada contra una actuación administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc.; que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones; y que las cuestiones o motivos de in validez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica: ... Es decir, aunque se aplique el principio "iura novit curia" -que permite al decisor utilizar argumentos jurídicos no esgrimidos por el recurrente-, dicho principio afecta solo a los argumentos jurídicos que pueden sustentar la "ratio decidendi", pero no autoriza a suplantar la carga del recurrente consistente en alegar los motivos de invalidez relacionados en nuestro caso con la regulación de la contratación pública-, que fundamentan su petición; motivos de invalidez que no se esgrimen en nuestro caso. Por ello, como dijimos, pues, en la Resolución antes citada, y debemos aquí repetir que "Así las cosas, el recurso no puede ser estimado puesto que el recurso especial en materia de contratación tiene por finalidad la revisión de la legalidad de los actos recurribles, singularmente por infracciones en materia de normativa contractual del sector público o directamente relacionada con ella. Así se desprende no solo de la naturaleza general de los recursos, sino de la previsión del artículo 47.2 "En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación...". A lo largo del escrito de recurso no se contiene ni una sola cita de precepto legal

infringido, lo que aboca, necesariamente, a la desestimación y confirmación del acto recurrido».

Lo dicho en las resoluciones aquí extractadas resulta predicable en este caso, lo que ha de acarrear necesariamente la desestimación del presente motivo y, con ella, la del recurso en su totalidad.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil “B. BRAUN MEDICAL, S.A.” frente a los pliegos que rigen el contrato denominado «Material necesario para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración on-line en la unidad de diálisis de agudos del Hospital Universitaria Miguel Servet de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.