



EB 2021/189

Resolución 013/2022, de 19 de enero, 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 VITRO, S.A. contra los pliegos del contrato “Suministro de reactivos y material necesario para la detección de variantes genéticas en hematología para la OSI-Ezkerraldea-Enkarterri-cruces”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 1 de octubre de 2021 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 VITRO, S.A. contra los pliegos del contrato “Suministro de reactivos y material necesario para la detección de variantes genéticas en hematología para la OSI-Ezkerraldea-Enkarterri-cruces”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: La copia del expediente de contratación y del 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) fueron solicitadas por este OARC / KEAO el mismo día 1 de octubre y remitidas por el poder adjudicador entre los días 6 y 7 de octubre.





TERCERO: No constan en el procedimiento interesados diferentes al recurrente y al poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de P.B.G. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP 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 lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

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

- a) El contrato impugnado abarca en un lote cinco sub-lotes que pueden ser adjudicados a varios licitadores por cuanto su utilización está pensada para procesos diferentes lo cual impide a las PYMES competir, pues al ser productos diferentes no tienen por qué encontrarse dentro de la gama de productos que puede ofrecer una PYME y todo ello sin motivar en ningún momento por qué los cinco sub-lotes serán adjudicados a un único licitador. La no división del objeto del contrato es excepcional, lo que requiere una justificación sólida, motivada y fundada.
- b) A ello se suma que el sub-lote 1.3 únicamente podrá ser adjudicado a una empresa debido a que ostenta la patente, por lo que desde un primer momento se excluye a proveedores diferentes a ésta.
- c) Finalmente, solicita la rectificación del PPT para que el objeto del contrato se divida en cinco lotes.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) En el informe de 6 de octubre de 2021 del Jefe de la Unidad de Gestión de Laboratorios se exponen las razones por las que, desde un punto de vista técnico, imposibilitan la división en lotes del contrato.
- b) Por lo que respecta a la supuesta exclusividad del sub-lote 1.3 por estar protegido por una patente, en el citado informe se deja constancia que la detección de la variante puede realizarse con varios kits o métodos diferentes al mencionado en el recurso, relacionando a modo de ejemplo hasta siete diferentes comercializados por diferentes empresas.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La pretensión del recurrente es que se proceda a una nueva licitación del contrato en el que su objeto se fraccione en lotes.

a) Sobre la no división del contrato en lotes

Sobre la división por lotes, este Órgano ya ha indicado en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 182/2019) que la decisión de adjudicar o no el contrato por lotes, así como la elección de los criterios con los que se estructure ésta (territoriales, funcionales, etc.) en el caso de que se opte por la partición, se insertan dentro de la facultad discrecional que asiste al poder adjudicador para configurar el objeto del contrato de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés general (ver, por todas, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO). Como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos (singularmente, a este OARC / KEAO) emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este núcleo figuran, por citar los elementos más relevantes para el caso estudiado, el fondo parcialmente reglado de la potestad y el respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, a los recogidos en el artículo 1 de la LCSP. En cuanto al fondo parcialmente reglado, hay que señalar que la división del contrato en lotes, que la LCSP considera ahora como la opción preferente (ver el artículo 99.3 de la LCSP y, por ejemplo, la citada Resolución 136/2018) es, en cierto sentido, una excepción a la clásica regla de prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato contenida ahora en el artículo 99.2 de la LCSP. El fundamento de la excepción radica, en primer lugar, en que la división en lotes no altera drásticamente las normas procedimentales y de publicidad que se habrían aplicado aunque no hubiera existido dicha división, resultado fraudulento que el principio general pretende evitar (artículo 99.6 de la LCSP) y, en segundo lugar, lo que es más importante para este caso, en que no se trata de una partición caprichosa en prestaciones sin identidad funcional propia (claro indicio del carácter fraudulento del fraccionamiento); por el contrario, el artículo 99.3 de la LCSP recuerda que cada lote debe ser susceptible



de “realización independiente” (ver, en este sentido la Resolución 12/2019 del OARC / KEAO). Por lo que se refiere a los principios generales, es especialmente relevante determinar si la decisión de dividir y la elección de los criterios de la división se sustentan en razones atendibles que los justifican y que descartan una actuación arbitraria del poder adjudicador contraria a principios como el libre acceso al procedimiento de adjudicación, la igualdad de trato o la salvaguarda de la libre competencia (ver, Resolución 175/2018 de este OARC / KEAO). Esta actuación se daría si, por ejemplo, la estructura del contrato a los efectos de su adjudicación se ha configurado de modo que beneficia o perjudica a un licitador o categoría de licitadores sin causa suficiente y proporcionada que lo explique. No obstante, debe señalarse que, a diferencia de lo que sucede con la decisión de no dividir, la decisión de dividir y la elección del criterio de configuración de los lotes no están sujetas a una motivación expresa que deba constar en el expediente. Finalmente, hay que señalar que los potenciales licitadores no tienen un derecho a exigir al órgano de contratación una estructura de los lotes que les sea favorable y que se imponga a la facultad de fijar discrecionalmente el objeto del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2018 del OARC / KEAO).

b) Sobre la ausencia de justificación de la no división en lotes

Revisado el expediente de contratación, 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. De hecho, el objeto del contrato se divide en lo que en el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) denomina sub-lotes (un total de 5), y el propio poder adjudicador no niega la circunstancia de que el contrato es susceptible de dividirse en lotes al manifestar en su informe de oposición al recurso que “(...) la división y adjudicación a diferentes licitadores implicaría multiplicar por cinco el equipamiento necesario para la realización de las técnicas PCR hematológicas lo que, obviamente, conllevaría una grave alteración organizativa en el laboratorio. Por otro lado, ya desde el punto de vista económico, sería inviable para el licitador aportar el equipamiento necesario para la realización de las técnicas cuando tan sólo se le adjudica un lote; esto tan sólo podría hacerse viable económicamente con un incremento considerable del precio máximo de licitación de cada uno de los sublotes, con el consiguiente perjuicio al interés público”.



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. 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, si bien 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, poder ser impugnados por los interesados (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2018 y 3/2019 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, lo que no sucede en este caso, en el que, a la vista del PPT y de las alegaciones del propio poder adjudicador, el contrato podría dividirse en lotes, en principio y sin perjuicio de que se alegaran en el expediente argumentos válidos en contra.

c) Sobre la exclusividad del kit solicitado en el sub-lote 1.3

El recurrente alega que el kit de JAK-2 que compone el sub-lote 1.3 se halla patentado por lo que sólo puede ser ofertado por una única empresa. Por el contrario, el poder adjudicador en su informe de contestación al recurso argumenta que dicha afirmación es incierta y que lo solicitado en el PPT, la “Detección de la variante somática JAK2-V617F mediante Real Time-PCR,” puede ser realizada con numerosos kits comerciales, además de por el mencionado por el recurrente, relacionando a modo de ejemplo hasta siete de ellos, y facilitando las direcciones de las páginas web donde figura tal información. Pues bien, la



impugnación no puede prosperar en este punto, pues el recurrente únicamente prueba que el kit alegado se halla patentado, pero no que sea el único producto o el único proveedor en el mercado que pueda presentar una oferta.

d) Conclusión

El poder adjudicador al configurar el contrato no ha tenido en cuenta la obligación que le impone el artículo 99 de la LCSP de estudiar la conveniencia de la división del contrato en lotes y, siendo su criterio contrario al del principio general de división en lotes, debería haber expresado sus razones en el propio PCAP o en el expediente de contratación, sin que pueda ser aceptada la justificación aportada en vía de recurso especial (ver, en este sentido, la Resolución 142/2019 del OARC / KEAO). Todo ello lleva a la estimación parcial del recurso con la consiguiente anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación, sin perjuicio de que en un posible nuevo procedimiento con el mismo objeto pueda motivarse adecuadamente dicha no división.

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 VITRO, S.A. contra los pliegos del contrato “Suministro de reactivos y material necesario para la detección de variantes genéticas en hematología para la OSI-Ezkerraldea-Enkarterri-cruces”, tramitado por Osakidetza, anulando los apartados de los pliegos relativos a la no división por lotes y cancelando la licitación.



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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko urtarrilaren 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de enero de 2022