

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como a lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que aprobó el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del TACRC, se informa que se interpuso **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** en el procedimiento de licitación correspondiente a la contratación del "**SUMINISTRO DE PRÓTESIS EXTERNAS Y RECAMBIOS PARA LOS PACIENTES AMPUTADOS ATENDIDOS EN MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MCSS Nº 1**" (con número de referencia: N201800868):

■ ACTO RECURRIDO:

- ☒ Anuncio de licitación, pliegos o documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- ☐ Acuerdo de adjudicación.
- ☐ Acuerdo de exclusión del licitador recurrente.
- ☐ Otros actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación

■ RECURRENTE:

Nombre/razón social: SMITH & NEPHEW, S.A.U.

■ SUSPENSIÓN DE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE:

- ☐ No suspendida.
- ☐ Suspendida automáticamente (cuando el acto recurrido es el de adjudicación)
- ☒ Suspendida por decisión del tribunal.



■ EXISTENCIA DE RESOLUCIÓN:

☒ Sí.

☐ No.

Resolución nº 981/2018, de fecha 26/10/18, por la que se desestima el recurso interpuesto por SMITH & NEPHEW, S.A.U. y se levanta la medida cautelar acordada.

Se adjunta dicha resolución.

En Barcelona, a 2 de noviembre de 2018.

**EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN
MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MCSS Nº 1**



Recurso nº 956/2018

Resolución nº 981/2018

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

En Madrid a 26 de octubre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. Sandra Pérez Delgado en representación de SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra los pliegos que han de regir la contratación del contrato de *“Suministro de material de osteosíntesis para fracturas de huesos largos en clínicas MC Mutual en Barcelona y Madrid,”* expte. N201800868, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por acuerdo del órgano de contratación de MUTUAL MIDAT CYCLOPS, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 1 (en adelante MC MUTUAL) de 24 de agosto de 2018 se aprueba el inicio del expediente relativo al contrato de *“Suministro de material de osteosíntesis para fracturas de huesos largos en clínicas MC Mutual en Barcelona y Madrid,”* expte. N201800868. El 29 de agosto de 2018 se publica el pliego en el DOUE y el 28 de agosto en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

Segundo. El 14 de septiembre de 2018 SMITH & NEPHEW formula recurso especial de revisión en materia contractual, habiéndose recibido el expediente en este Tribunal acompañado del informe del órgano de contratación.

Tercero. El procedimiento de licitación se encuentra suspendido en virtud de acuerdo de este Tribunal de 25 de septiembre de 2018 que estima la solicitud de medidas cautelares formulada por el recurrente.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primera. Competencia del Tribunal.

El recurso se formula ante este Tribunal en un procedimiento para el que es competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 LCSP.

Segunda. Acto recurrible y adecuación del procedimiento.

El recurso se formula además frente a un acto dictado en un procedimiento de licitación susceptible de este recurso especial y contra un acto recurrible, pues se interpone frente a los pliegos y demás documentación contractual en que se establecen las condiciones que deben regir la contratación (art. 44.2 a) LCSP) y en relación con un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros (art. 44.1 a) LCSP).

Tercera. Plazo de interposición del recurso y legitimación del recurrente.

El recurso ha sido interpuesto en plazo, pues se presenta el 14 de septiembre de 2018 y dado que la publicación en la plataforma de contratación del sector público se efectúa el 27 de agosto y el plazo son quince días hábiles computados desde el día siguiente a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 b) LCSP.

La recurrente, por lo demás, se encuentra legitimada para la formulación del recurso, dado que su objeto social se corresponde con el objeto de la licitación, de donde cabe deducir su interés legítimo en el recurso.

Cuarto. Alegaciones del recurrente y contestación del órgano de contratación.

El recurso formulado se refiere a una sola cuestión: la falta de división en lotes del expediente lo que, a juicio del interesado, conculca lo dispuesto en el artículo 99 LCSP, dado que no se acompaña la oportuna justificación, sino que se limitan a copiar textualmente una de las que, a modo enunciativo, se incluyen en dicho precepto como válidas para decidir la no división en lotes. Considera, además, que los materiales que son objeto de suministros son enormemente variados, por lo que su acumulación en un solo lote resulta contraria al principio de libre concurrencia.

Por su parte, el órgano de contratación considera que la justificación es suficiente, teniendo en cuenta las necesidades de racionalización del gasto del sector público y con



invocación de la doctrina de este Tribunal en relación con el margen de discrecionalidad con que cuenta el órgano de contratación para la definición del objeto del contrato.

Además, señala que este contrato formaba parte de uno de los tres lotes en que en su día se dividió la contratación siendo necesario efectuar ahora un nuevo procedimiento de licitación respecto de lo que en su momento era el “lote 1” ante la concurrencia de nuevas necesidades no previstas en el contrato inicial y que no podían resolverse a través de la modificación del contrato inicial, razón por la cual la vigencia del nuevo contrato se limita a 15 meses, para hacerlo coincidir con la finalización de los otros dos lotes y así volver a licitar un solo contrato con los tres lotes en su día publicados.

Quinto. La división en lotes del objeto del contrato. Normativa y doctrina de este Tribunal.

Señala el artículo 99.2 LCSP:

“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 conllevara 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.”

Como puede verse, el artículo 99 pretende, como señala la recurrente, promover que los órganos de contratación dividan en lotes las licitaciones para promover la concurrencia de pequeñas y medianas empresas. Ahora bien, siempre y cuando i) la naturaleza del contrato lo permita y ii) no existan motivos válidos que justifique la no división.

Para la debida comprensión de lo dispuesto en este precepto, conviene acudir a la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero, de la que es trasposición la LCSP y en cuyo considerando 78 se señala:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las



principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.”

De lo anterior cabe concluir:

- 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 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.

Partiendo de lo anterior, este Tribunal ha venido aplicando una sólida doctrina en torno al margen de discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de definir el objeto del contrato y su división en lotes, así como qué motivos se consideran válidos para que el órgano de contratación decida la no división en lotes.

Así, en nuestra resolución nº430/2018, señalamos:

“La discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad del artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresan que se trata de una decisión



que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran.

Al respecto, en nuestra Resolución n° 408/2017 –citada posteriormente en la n° 600/2017 hemos señalado lo siguiente: “En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar “la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.”

En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES.

En este sentido, es cierto que la justificación que ha de ofrecer el órgano de contratación, si bien no ha de ser necesariamente exhaustiva, sí debe referirse a las concretas razones que concurren en ese expediente, sin que sea admisible la mera formulación del propio precepto para considerar cumplida esta obligación. Por otro lado, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada expediente para poder determinar si la justificación ofrecida por el órgano de contratación es suficientemente expresiva de dichas razones o no, único elemento al que podría en su caso alcanzar la revisión de este Tribunal que, por lo demás, tiene vedada la supervisión de la corrección técnica de dicha decisión, en virtud de la doctrina de la discrecionalidad técnica que resulta de plena aplicación a esta cuestión.



Pues bien, si bien es cierto que en el presente caso en el cuadro de características de los pliegos las razones para la no división en lotes no se encontraban justificadas, más allá de marcar una casilla con una explicación absolutamente genérica, analizada la documentación del expediente y en concreto la memoria justificativa del mismo, se observa que sí existe una razón técnica perfectamente justificada que explica la decisión de no dividir en lotes y que se encuentra en el origen mismo de esta licitación.

Tal y como señala el órgano de contratación, la licitación del contrato que es objeto de este recurso es consecuencia de la necesidad de sacar un nuevo procedimiento de licitación de uno de los tres lotes en que se dividió un contrato inicialmente más grande, al haberse superado las cantidades inicialmente previstas en el mismo. Esta es una razón válida para sacar un único contrato comprensivo de dicho lote cuya vigencia se hará coincidir con los otros dos contratos correspondientes a los otros dos lotes, lo que permitirá al órgano de contratación volver a convocar una licitación con los tres lotes a la vez.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, tal y como señala el considerando 78 de la Directiva antes transcrito, el objeto de esta obligación va dirigido sobre todo a los expedientes de grandes magnitudes, consideración que difícilmente cabe efectuar en este caso en que el valor estimado del contrato apenas supera los 200.000 euros, y que, como afirma el órgano de contratación, el objetivo de la división en lotes es facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública (considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE), y la recurrente, según lo publicado en su página web, no parece ser precisamente una PYME: tiene más de 16.000 empleados en todo el mundo, y cotiza en las Bolsas de Valores de Londres y Nueva York.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. Sandra Pérez Delgado en representación de SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra los pliegos que han de regir la



contratación del contrato de *“Suministro de material de osteosíntesis para fracturas de huesos largos en clínicas MC Mutual en Barcelona y Madrid”*, expediente N201800868.

Segundo. Levantar la medida cautelar acordada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el 59.1 de la LCSP.