

Recurso 131/2018**Resolución 162/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 1 de junio de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ROCHE DIABETES CARE SPAIN, S.L.U.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de los elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina y para los sistemas de monitorización continua interactiva de glucosa para el programa de tratamiento de la diabetes de los centros sanitarios vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla”, promovido por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 31/2018 – PAAM 34/2018), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 10 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El citado anuncio fue publicado, el 24 de marzo de 2018, en el



Boletín Oficial del Estado número 73 y el 7 de marzo de 2018, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 5.323.032,00 euros.

SEGUNDO. El 28 de marzo de 2018, la entidad ROCHE DIABETES CARE SPAIN, S.L.U. (ROCHE, en adelante) presentó en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato.

TERCERO. El 9 de abril de 2018, tuvo entrada en el Registro del Tribunal oficio del órgano de contratación dando traslado del escrito original del recurso, junto con el expediente de contratación y el informe de dicho órgano con las alegaciones al recurso y a la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente. Posteriormente, se recibió el listado de licitadores en el procedimiento de referencia.

CUARTO. El 13 de abril de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. Mediante escrito de 25 de abril de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al único licitador interesado en el procedimiento, MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. (MEDTRONIC, en adelante), concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la citada empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14



de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 42 del TRLCSP, pese a no haber presentado oferta en el procedimiento.

Existe doctrina consolidada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 104/2017, de 19 de mayo y 145/2017, de 14 de julio) que, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, admite la legitimación en estos casos sobre la base de entender que los pliegos impugnados provocan a la recurrente un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. El recurso se dirige contra los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que aquel resulta procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o



candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 24 de marzo de 2018, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante. Por tanto, habiéndose presentado el recurso especial el 28 de marzo de 2018 en el registro del órgano de contratación, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, procede abordar el estudio de sus motivos. ROCHE solicita la nulidad de los pliegos que regulan la contratación y funda su pretensión en dos alegatos que se expondrán y examinarán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En un primer motivo, la recurrente alega que el apartado 1.2 del PPT, al definir las características técnicas del sistema de monitorización continua de glucosa (MCG, en adelante), vulnera lo dispuesto en el artículo 117.8 del TRLCSP, puesto que dichas características solo pueden ser cumplidas por una empresa en el mercado, MEDTRONIC. En concreto, las dos características que, de forma acumulativa, limitan injustificadamente la concurrencia son, a juicio de ROCHE, las siguientes:

- En relación con el transmisor, que *“Debe almacenar la señal enviada por el sensor y la transmitirá al monitor”*.
- En relación con el sensor de glucosa, que *“Debe ser de carácter mínimamente invasivo y de inserción subcutánea por parte del paciente. Mide la concentración de glucosa intersticial y requiere de su recambio según ficha técnica del producto”*.

Alega que los dos únicos sensores en el mercado calificables como mínimamente invasivos y de inserción por parte del paciente son el sistema Minimed 640 G (sensor



Enlite) y los sistemas Animas Vibe (sensor Dexcom G4) y T-Slim (sensor Dexcom G5), si bien solo el sistema Minimed 640 G de MEDTRONIC cumple con el requisito de que el transmisor debe almacenar la señal enviada por el sensor para transmitirla al monitor.

A juicio de la recurrente, ello supone una barrera insuperable e injustificada para la mayoría de los empresarios, pese a disponer estos de equipos que pueden cumplir una funcionalidad equivalente. Manifiesta que este es el caso de su sistema Eversense que sería válido para la satisfacción de las necesidades demandadas por la Administración, pero que no puede concurrir a la licitación por no cumplir el requisito del PPT consistente en sensor de glucosa mínimamente invasivo y de inserción subcutánea por parte del paciente.

Además, alega que los sistemas implantables como el Eversense presentan ventajas respecto a los sensores subcutáneos; así, los sistemas subcutáneos tienen que ser insertados cada siete días, mientras que los sistemas implantables permiten una monitorización estable y fiable durante noventa días gracias a su tecnología basada en la fluorescencia y no en reacciones enzimáticas.

A juicio de ROCHE, la formulación de las características técnicas en los términos descritos implica una grave infracción del artículo 117.8 del TRLCSP en cuanto establece que las especificaciones técnicas no pueden mencionar una fabricación, procedencia o procedimiento concreto con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o productos. Asimismo, supone una quiebra de los principios de igualdad de trato y de libre competencia y si bien el órgano de contratación tiene libertad para determinar los requisitos técnicos adecuados en orden a la satisfacción de sus necesidades, dicha discrecionalidad tiene su límite en la obligación de preservar la libre competencia, sin que, en el caso examinado, la definición de los requisitos del PPT esté justificada y sin que el resto de empresas distintas a MEDTRONIC puedan ajustar su producción a los requisitos del PPT, por cuanto ello



implicaría cambiar por entero el producto.

ROCHE señala, además, que tales características perjudican no solo a dicha empresa y al resto de licitadores, sino también al interés público al no existir competencia económica, pudiendo ello dar lugar a la adjudicación con precios máximos de licitación.

Con base en las consideraciones expuestas, la recurrente solicita la declaración de nulidad de las características previstas en el apartado 1.2 del PPT para el transmisor y el sensor del sistema de MCG.

En el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que el requisito técnico de que el transmisor debe almacenar la señal enviada por el sensor y transmitirla al monitor lo cumplen todas las empresas mencionadas en el recurso, incluida ROCHE. En tal sentido, la expresión del PPT “almacenar la señal” quiere decir que el transmisor emite la señal eléctrica al monitor con una determinada cadencia de tiempo y no de forma constante o inmediata. No se exige, pues, el almacenamiento de los datos contenidos en la señal que sí sería una característica exclusiva de un determinado fabricante. Concluye, pues, que todos los fabricantes del mercado tienen esta característica técnica en sus dispositivos.

En cuanto a la definición en el PPT de sistemas mínimamente invasivos frente a los sistemas implantables -como el de la recurrente-, el órgano de contratación aduce la existencia de razones que justifican tal elección. Así, un sistema invasivo como el de ROCHE requiere una intervención quirúrgica de introducción del dispositivo que ocasiona una reacción inflamatoria más severa, intervención que, además, ha de efectuarse por personal sanitario adiestrado especialmente, lo que hace perder autonomía al paciente.

Concluye, pues, que no se conculca el artículo 117.8 del TRLCSP puesto que las



especificaciones técnicas no mencionan una fabricación o procedencia determinada, ni hacen referencia a una marca, patente o tipo o a un origen o producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o productos. Si se hace mención en el PPT a un método mínimamente invasivo es con la finalidad de procurar una mejor asistencia al paciente con sistemas de MCG que favorezcan su autonomía y bienestar, ahorrándole daños añadidos evitables. Asimismo, el órgano de contratación señala que, aun cuando el dispositivo de la recurrente es un sistema implantable que no tiene la consideración de mínimamente invasivo, el resto de sistemas mencionados por la recurrente sí tienen tal consideración y pueden concurrir a la licitación en régimen de competencia.

Por último, en fase de alegaciones al recurso, MEDTRONIC se opone al mismo alegando que los requisitos técnicos impugnados no cercenan la libre competencia, puesto que todos los transmisores que hay en el mercado deben almacenar la señal enviada por el sensor para poder transmitirla ya que si no serían inservibles y que, al menos, existen otras dos compañías capaces de suministrar sensores mínimamente invasivos de inserción subcutánea por parte del paciente, como NOVALAB IBÉRICA, S.A.U. y TANDEM DIABETES CARE, INC.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si dos de los requisitos técnicos establecidos en el PPT para los sistemas de monitorización continua de glucosa (MCG) restringen injustificadamente la competencia en la medida que, según manifiesta ROCHE, solo pueden ser cumplidos por una empresa en el mercado.

En este punto, hemos de acudir a la doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre y 203/2017, de 13 de octubre y 109/2018, de 25 de abril) conforme a la cual 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.

Y es que, como asimismo señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g Resolución 244/2016, de 8 de abril), el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la Administración, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, señala el citado Tribunal que la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue.

Por último, en términos parecidos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Sobre esta base doctrinal, hemos de analizar el supuesto controvertido. ROCHE considera que los dos requisitos del PPT impugnados vulneran lo dispuesto en el artículo 117.8 del TRLCSP cuyo tenor es el siguiente: *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a*



una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»».

No obstante, no queda acreditado que tal precepto legal resulte vulnerado. Como señala el órgano de contratación y la interesada en sus alegaciones, uno de los requisitos técnicos cuestionados “almacenar la señal” debe ser cumplido por todos los transmisores que hay en el mercado. Lo que exige el PPT es que el transmisor emita la señal al monitor con una determinada cadencia y no de forma constante, sin que se requiera el almacenamiento de datos contenidos en la señal, como parece haber interpretado la recurrente.

Respecto al otro requisito técnico, a saber, que el sensor de glucosa sea mínimamente invasivo y de inserción subcutánea por parte del paciente, existen varias empresas capaces de efectuar el suministro, como pone de manifiesto la propia recurrente en su escrito de recurso.

Por tanto, no se aprecia vulneración del artículo 117.8 del TRLCSP. Los dos requisitos técnicos impugnados no restringen la concurrencia a un único licitador y están justificados desde un punto de vista técnico y clínico, sin que tampoco se aprecie -en los términos que recoge el precepto legal- ánimo finalista o voluntad de la Administración de favorecer o descartar ciertas empresas o productos con el establecimiento de tales prescripciones. Como señala la reciente Resolución 143/2018, de 9 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“Cuestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo*



podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas aparezcan adecuadamente justificadas, debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que determine sus necesidades y la las características de los productos o prestaciones que las satisfacen”.

Con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar este motivo del recurso.

SEXTO. En un segundo alegato, ROCHE aduce que la no división en lotes del suministro infringe el principio de libre concurrencia. En tal sentido, manifiesta que el objeto del contrato, según el apartado 5 del cuadro resumen del PCAP, es el suministro de los elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina y para los sistemas de monitorización continua interactiva de glucosa para el programa de tratamiento de la diabetes. Se deduce, pues, que el objeto del contrato consiste tanto en la entrega del Kit necesario para la infusión subcutánea de insulina (ISCI, en adelante), como para los sistemas de MCG, previéndose un solo precio unitario que incluye el equipo para ISCI y el sistema MCG.

A juicio de ROCHE, esta configuración del objeto del contrato agrupando las dos prestaciones no está justificada, puesto que no todos los pacientes con Diabetes Tipo I requerirán el sistema MCG, previéndose además en el apartado 1.2 del PPT que el porcentaje de pacientes que requieren MCG representa entre un 8 y un 14% respecto a la media anual de pacientes con bomba.



Sostiene, pues, que, en la medida que solo un pequeño porcentaje de pacientes requerirá bomba con sensor y con sistema de monitorización, no tiene sentido exigir que la totalidad de bombas a suministrar dispongan de este sistema. Por tanto, lo más acorde a los principios de la contratación pública y al interés público sanitario habría sido la división del objeto del contrato en dos lotes, uno relativo a los Kits de ISCI y otro a los sistemas de MCG.

En definitiva, concluye que esta acumulación innecesaria en un único contrato de productos que podrían adjudicarse individualmente resulta contraria al artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE -que tiene efecto directo y conforme al cual la regla general debe ser la división del objeto del contrato en lotes, salvo justificación de la decisión de no dividir-. A su juicio, la falta de división en lotes vulnera los principios de igualdad y de libre concurrencia, debiendo declararse nula la configuración del objeto del contrato.

Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso argumentando que los pacientes que se tratan con infusión subcutánea continua de insulina (ISCI) y usan además el sistema de monitorización (MCG) no lo hacen de forma definitiva y constante. Cita como ejemplos el caso de mujeres con ISCI y sin MCG que, en estado de gestación, necesitan estar monitorizadas para controlar mejor la incidencia que dicho estado puede tener en la diabetes, o los supuestos en que la enfermedad entra en un proceso de inestabilidad con hipoglucemias frecuentes o graves en los que puede requerirse la monitorización temporal hasta que la situación revierta.

Así las cosas, prosigue el órgano de contratación, la licitación por lotes daría lugar a que fuese necesario el cambio de sistema de ISCI por haberse podido adjudicar este a dos proveedores distintos, lo cual afectaría directamente a la calidad del tratamiento con consecuencias sobre la salud de las personas. El cambio de sistema implicaría



modificar el adiestramiento del paciente en el manejo y control del dispositivo de ISCI, con detrimento de la estabilización de los parámetros de glucemia. Concluye, pues, que por motivos clínicos y de salud de los pacientes con diabetes es recomendable mantener el dispositivo de ISCI empleado por estos.

En parecidos términos al órgano de contratación se pronuncia MEDTRONIC en su escrito de alegaciones al recurso.

Expuestas, pues, las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión suscitada donde se denuncia, en definitiva, que el objeto del contrato es susceptible de división en dos lotes, sin que se halle justificada la decisión de no dividir y produciendo la configuración del objeto una vulneración de los principios de igualdad de trato y de libre concurrencia.

El objeto del contrato es el suministro de los elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina y para los sistemas de monitorización continua interactiva de glucosa para el programa de tratamiento de la diabetes. La recurrente sostiene que no está justificada la agrupación de estas dos prestaciones en la medida que no todos los pacientes con Diabetes Tipo I requerirán el sistema MCG. Estima que, en la medida que solo un pequeño porcentaje de pacientes requerirá bomba con sensor y con sistema de monitorización, no tiene sentido exigir que la totalidad de bombas a suministrar dispongan de este sistema y que lo más respetuoso con los principios de la contratación pública hubiera sido la división en dos lotes.

No obstante, el órgano de contratación expresa las razones de índole clínica y asistencial que desaconsejan la división en lotes, por entender que la existencia de dos proveedores afectaría directamente a la calidad del tratamiento del enfermo, tal y como expone en su informe al recurso y antes hemos resumido en el cuerpo de esta resolución.



Pues bien, la regla general en nuestra normativa contractual ha sido la unidad del objeto, debiendo justificarse en el expediente el fraccionamiento en lotes (artículo 86 del TRLCSP). No obstante, la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública señala en su considerando 78 que la contratación pública debe adaptarse a las necesidades de las PYME y a tal efecto, para favorecer la concurrencia, procede animar a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes.

De este modo, el artículo 46.1 de la Directiva establece que los poderes adjudicadores, en caso de que no dividan el objeto del contrato en lotes, deberán justificar su decisión, bien en los pliegos de la contratación, bien en el informe específico a que se refiere el artículo 84 (informe específico sobre los procedimientos de adjudicación en el que se documentará el desarrollo de los mismos y la justificación de las decisiones adoptadas).

El citado precepto, al recoger un mandato claro, preciso e incondicionado, goza de efecto directo desde el 18 de abril de 2016, fecha en que venció el plazo de transposición de la Directiva, recogándose ya esta previsión en el artículo 99 de la nueva Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Así las cosas, los órganos de contratación vienen obligados a justificar la no división en lotes si deciden mantener la unidad del objeto contractual, pues la regla general debe ser la división.

En el supuesto examinado, el objeto del contrato es susceptible de división en dos lotes diferenciados, si bien existen causas de índole clínica y asistencial que desaconsejan el fraccionamiento y justifican razonablemente la unidad. No obstante, se advierte que la motivación determinante de la unidad contractual no se expresa por el órgano de contratación en los pliegos o en el expediente de contratación como establece el artículo 46 de la directiva y el vigente artículo 99 de la LCSP, sino en el informe al recurso, lo que nos lleva a analizar las consecuencias que esta falta de motivación previa tiene sobre la licitación en curso.



Al respecto, hemos de indicar que la finalidad perseguida por la Directiva 2014/24/UE es favorecer la concurrencia y participación de las PYMES, de ahí que la regla general a la hora de configurar el objeto contractual deba ser el establecimiento de lotes, salvo que se motive adecuadamente la conveniencia de no dividir. Como señala el considerando 78 de la citada 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*”.

En el caso analizado, una vez que consta amplia y razonadamente la motivación de la no división en el informe al recurso, el hecho de estimar que la ausencia de motivación en el expediente determina la anulación de la licitación solo produciría el efecto de que aquella se incorporase formalmente al mismo, pero ello no cambiaría la configuración del objeto efectuada por el órgano de contratación, ni ningún beneficio o ventaja reportaría a la recurrente cuya pretensión es la de fraccionamiento del suministro en dos lotes.

Como antes hemos indicado, el artículo 46 de la Directiva persigue promover la participación de las PYMES en la licitación, pero una vez que el órgano ha justificado la unidad del objeto y su no división en lotes en el informe al recurso, la anulación de los pliegos para que tal justificación se incorpore al expediente en nada favorecería ya la concurrencia de las PYMES, puesto que la configuración del objeto del contrato seguiría siendo la misma, y en cambio, sí se perjudicaría a aquellos licitadores que hubieran presentado oferta, toda vez que se verían obligados a concurrir de nuevo pese a no haberse producido cambio alguno en las bases de la licitación.



Es por ello que si bien hemos sostenido en alguna resolución anterior que la infracción formal del artículo 46 de la Directiva, en cuanto a la falta de motivación de la no división, determinaba la anulación de la licitación para que se justificara la no división en los nuevos pliegos o en el expediente, el criterio debe ser revisado a la vista de lo anteriormente expuesto, pues de nada serviría sacrificar el curso de la actual licitación por razones de índole meramente formal, cuando ya se conocen las razones que esgrimirá el órgano de contratación para justificar la no división y estas resultan adecuadas y suficientes.

Asimismo, la solución expuesta también es compartida por otros Tribunales; en tal sentido, la Resolución 349/2018, de 6 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que *“(...) por economía procedimental, tampoco resultaría operativo anular los Pliegos para que el órgano de contratación reiterare en los nuevos pliegos los razonables motivos para la no división en lotes expresados en su informe, razón por la cual no se considera procedente la estimación del recurso interpuesto”*.

Por otro lado, nada obsta a que las razones esgrimidas por el órgano de contratación en su informe al recurso para justificar la indivisión puedan incorporarse con posterioridad al expediente de contratación. Como señala la Resolución antes citada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“(...) La cuestión sobre la que confirmamos el cambio doctrinal está en el alcance de tal obligación de motivación, en relación con la validez de los pliegos; y, en este punto, pese a lo indicado en la Resolución 408/2017, la posterior 684/2017 ha hecho una interpretación de la propia Directiva que niega trascendencia a la omisión de tal motivación en el expediente en caso de impugnación de los pliegos, y que entendemos debe ser mantenida, como conforme al propio tenor de la Directiva, según seguidamente se verá.*

(...) A la vista de tales previsiones, y del propio art. 84.3 ya citado [precepto



referido al informe específico mencionado en el artículo 46 de la Directiva a efectos de constancia de la motivación de no división], la interpretación correcta del art. 46 de la Directiva, en lo que tiene de efecto directo en nuestro caso -insistimos, en tanto no sea aún de aplicación la nueva regulación en desarrollo de tal Directiva-, es que debe quedar constancia en el expediente de contratación de la indicación de las principales razones por las cuales se ha decidido no dividir el contrato en lotes, y más en concreto, de la razones por las que haya decidido que “no sería conveniente dividir el contrato en lotes” (Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE), a los efectos de su control por las autoridades de contratación, pero dicho informe no tiene por qué estar incluido en el expediente en el momento de publicitarse los pliegos, puesto que tal obligación no se desprende de la Directiva”.

Procede, pues, desestimar el alegato de la recurrente sobre nulidad de los pliegos por falta injustificada de división del objeto del contrato en lotes, si bien el órgano de contratación debiera incorporar al expediente la motivación expuesta en el informe al recurso para justificar la no división.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ROCHE DIABETES CARE SPAIN, S.L.U.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de los elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina y para los sistemas de monitorización continua interactiva de glucosa para el programa de tratamiento de la diabetes de los centros sanitarios vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla”, promovido por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz



de Salud (Expte. 31/2018 – PAAM 34/2018).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en Resolución de 13 de abril de 2018.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

