Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 21/2020

ACUERDO 38/2020, de 17 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SMITH & NEPHEW, S.A. contra los pliegos reguladores del contrato "*APRO 59/2020: Suministro de material y equipos para el tratamiento de heridas mediante sistema de Terapia de Presión Negativa*", tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de marzo de 2020, se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato "*APRO 59/2020: Suministro de material y equipos para el tratamiento de heridas mediante sistema de Terapia de Presión Negativa*", tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O).

SEGUNDO.- Con fecha 11 de marzo de 2020, SMITH & NEPHEW, S.A. ha interpuesto una reclamación especial en materia de contratación pública contra los pliegos reguladores de dicho contrato, formulando las siguientes alegaciones:

1º. Incorrecta configuración de los pliegos rectores del procedimiento.

a) De la exigencia de certificado UNE.

En primer lugar, y respecto al criterio de adjudicación para cuya valoración se exige certificado relativo a la norma UNE-EN 13726-2 a la que se alude en el Anexo VI, se señala que "*esta medición no tiene relevancia técnica para estos productos, ya que no se trata de apósitos tradicionales de cura en ambiente húmedo, sino de un*

sistema avanzado, que combina varios factores: maquina activa, distintas capas, temperaturas, aspiración, cambio de la respuesta fisiológica, etc."

Asimismo, se señala que "*las distintas composiciones de los apósitos van a dar distintas cualidades, por lo que no es posible valorar soluciones distintas con el mismo criterio en condiciones de igualdad*", haciéndose referencia al contrato de suministro de apósitos, donde el SNS-O "*creó lotes diferentes en función de la composición de los apósitos, no pidiéndose siempre el mismo certificado*".

b) De la incorrecta configuración de las exigencias técnicas.

Respecto al Anexo V del pliego regulador, donde se contienen las prescripciones técnicas del contrato, se señala que, "*en cuanto a la exigencia de que se suministre un apósito de "alta absorción" en el presente lote, relativo al tratamiento de heridas con terapia de presión negativa con equipos desechables sin depósito, lo cierto es que esta categoría de producto es para exudados moderados o leves. Las soluciones que permitan altos niveles de exudados serían, en todo caso, para los productos exigidos en el lote 1, terapia de presión negativa con depósito.*"

Se alega, asimismo, que "*tanto la exigencia técnica de alta absorción como la que exigencia técnica de presentar apósitos con medidas de tres tamaños diferentes, sin especificar tamaños, determinan una oscuridad y una indeterminación insuperable para los operadores económicos. ¿Qué grado de absorción se considera alta absorción para el organismo? ¿Qué tamaños serán aceptados? Lo cierto es que la actual configuración de estas prescripciones técnicas otorga una discrecionalidad absoluta al órgano de contratación al no determinar baremo o medida alguna para determinar qué soluciones cumplen con las exigencias técnicas. (…).*

Finalmente cabe preguntare qué se valora ¿la evaporación?, ¿la absorción?, ¿para qué tamaños? Todas estas cuestiones no se encuentran especificadas."

Concluye, por ello, que "*nos encontramos ante una configuración del pliego que no puede sino determinarse como nula o anulable en virtud de los argumentos expuestos.*"

c) De la indeterminación del precio y la falta de publicación del informe de necesidad del expediente.

Comienza el reclamante señalando que la publicación de los pliegos no se acompaña de la publicación del informe de necesidad, así como que los artículos 49 y 88 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, establecen la obligación de publicación de la documentación complementaria que acompaña y/o sustenta a los pliegos rectores del procedimiento.

Alude, asimismo, al artículo 138 de dicha Ley Foral, concluyendo que "*la falta de publicación del informe justificativo de los pliegos rectores del procedimiento, en claro quebranto del principio de transparencia que debe regir los procedimientos de selección del contratista no puede sino determinar la nulidad o anulabilidad del presente procedimiento.*"

Asimismo, se afirma la inexistencia de precio cierto en el contrato, dado que en el Anexo I se establece, respecto al lote 3, que debe suministrarse una cantidad anual estimada de 913 tiras adhesivas, señalándose no obstante un precio máximo unitario de 0 euros en este producto.

"*Es decir, se exige el suministro de un producto a coste cero, cuando los contratos públicos son onerosos como así aparece recogido en el artículo 3 de la Ley Foral en materia de contratación.*

En el mismo sentido, los contratos deben tener un precio cierto y adecuado al mercado, teniendo que abonarse el mismo en función de las prestaciones ejecutadas, como así se determina en el artículo 43 del mismo texto normativo: (…)."

Se señala que, conforme a los artículos 152 y 222 de la misma Ley Foral, los contratistas tienen derecho al abono de las prestaciones realizadas.

Con cita de la Resolución 65/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se señala que "*la falta de publicación del*

informe justificativo o cualesquiera otro documento que acompañe a los pliegos rectores del procedimiento impide conocer si el valor estimado y presupuesto base de licitación incluye todas las prestaciones y/o suministro objeto de contrato, lo que parece fuera de toda duda es que las tiras adhesivas del lote nº 3 no han sido tenidas en cuenta a la hora de establecer el presupuesto base de licitación y el valor estimado del mismo, lo que no determina sino una quiebra de los principios rectores de los procedimientos de selección del contratista."

Se solicita "*la nulidad o anulabilidad de los pliegos rectores del procedimiento de selección del contratista*".

d) De la división del objeto del contrato.

Señala el reclamante que "*cada uno de los lotes está conformado por diferentes productos, fijándose la obligación de ofertar a todos los materiales que componen cada lote y no existiendo justificación ni motivación de porqué se ha producido la referida configuración*".

Manifiesta, igualmente, que "*en caso de que el órgano de contratación decida no dividir el objeto del contrato en lotes deberá justificarlo en el expediente, como así se precisa en el artículo 41 de la Ley Foral de Contratos Públicos: (…).*

"*Pues bien, a tenor de los hechos descritos, no cabe sino concluir que en el presente procedimiento de contratación se ha quebrantado el principio de búsqueda de la máxima concurrencia de los operadores económicos en los procedimientos de contratación pública, que entronca con el principio de libertad de acceso a las licitaciones y que es uno de los pilares fundamentales que regentan la contratación pública y que, como tal, aparece regulado en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, de la que emana nuestra legislación nacional, y que ya contenía un conjunto de reglas que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad y de libre competencia.*"

Se citan, respecto al principio de la máxima concurrencia, sendas resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, así como una del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Señala, por último, que "*la propia configuración del lote 1 en distintos componentes sueltos, impidiendo la presentación de Kits, suponen un mayor coste a la administración en contra de los principios rectores de la contratación pública como la eficiencia del gasto público.*"

Por ello, se solicita la nulidad o anulabilidad de los pliegos rectores de la convocatoria.

2º. Concurrencia de las causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración.

El reclamante se limita, a este respecto, a transcribir el artículo 116 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, así como el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, resaltando algunos de sus apartados en negrita, pero sin realizar alegación o consideración alguna al respecto.

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita que se declare la nulidad o anulación de los pliegos impugnados, así como la suspensión del procedimiento de contratación.

TERCERO.- Con fecha 12 de marzo de 2020, este Tribunal remitió al reclamante y al órgano de contratación un oficio relativo a la medida cautelar solicitada de suspensión del procedimiento, en el que se señala que dicha suspensión opera "ope legis", conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), por lo que no procede resolver expresamente la solicitud formulada en tal sentido.

CUARTO.- Con fecha 11 de marzo de 2020, se requirió al SNS-O la remisión del expediente de contratación y, en su caso, de las alegaciones que estimase pertinentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP.

No obstante, la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, interrumpió los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público.

Posteriormente, la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, estableció la continuación e inicio de los procedimientos de contratación celebrados por entidades del Sector Público durante la vigencia del estado de alarma, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiéndose esta medida a los recursos especiales que procedan en ambos casos, y entrando en vigor el 7 de mayo de 2020, conforme a la disposición final decimotercera.

Por ello, con fecha 7 de mayo se reiteró dicho requerimiento, con advertencia de que si no se atendía en el plazo máximo de cinco días naturales se continuaría con la tramitación de la reclamación, así como que las alegaciones que pudieran formularse transcurrido aquel, no serían tenidas en cuenta para la resolución de la misma.

Finalmente, con fecha 19 de mayo, el SNS-O ha aportado el expediente de contratación, así como un escrito de alegaciones. Dado que tanto la aportación del expediente como la presentación de las alegaciones se ha realizado fuera del plazo concedido para ello, estas no serán tenidas en cuenta para la resolución de la reclamación, conforme a lo advertido con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada, conforme a lo previsto en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, dado que el objeto del contrato tiene relación directa con el objeto social de la mercantil reclamante.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, concretamente en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Como primer motivo, se aduce la incorrecta configuración de los pliegos rectores del procedimiento, como consecuencia, por un lado, de la inadecuación de la exigencia del certificado relativo a la norma UNE-EN 13726-2, a efectos de otorgar la puntuación correspondiente al criterio de adjudicación relativo a la velocidad de evaporación de los apósitos, y por otro, a la exigencia de Apósitos de alta absorción en el lote 3, y a la falta de concreción en el Anexo V (Prescripciones técnicas), del grado de absorción de dichos apósitos así, como de las medidas correspondientes a los tres tamaños requeridos,

En este punto conviene traer a colación la doctrina, conforme a la cual, es facultad discrecional del órgano de contratación la configuración del objeto del contrato, en la medida en que éste ha de ajustarse a la satisfacción de las necesidades de la propia administración contratante, cuya apreciación corresponde a los técnicos integrados en la misma.

En este sentido se pronuncia, entre otras muchas, la Resolución 468/2018, de 11 de mayo, del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TACRC), en cuyo fundamento séptimo se establece lo siguiente:

(…) En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a

satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del 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 pretende con él. Asimismo, en la Resolución nº 296/2017 razonábamos como sigue: "El artículo 117.2 del TRLCSP, que el recurrente considera infringido, dice así: "Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia". Este Tribunal, en interpretación de los referidos preceptos, ha partido de que (p ej, Resolución no 54/2017) "la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en el TRLCSP y con los principios que consagra: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa." Si bien, en la interpretación que realizamos del artículo 117 del TRLCSP hemos señalado, entre otras Resoluciones, en la número 20/2013, de 17 de enero, que "de conformidad con los principios que rigen la contratación pública, establecidos en el artículo 1 del TRLCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, corresponderá al órgano de contratación justificar de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato atendiendo a la funcionalidad requerida, evitando especificaciones técnicas innecesarias que limiten la concurrencia.

En la misma línea, la Resolución 346/2019, de 24 de octubre, del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, establece en su fundamento sexto, lo siguiente:

"En definitiva, no existe impedimento legal ni clínico a una licitación por principio activo como la aquí impugnada. Como señalábamos en nuestra Resolución 146/2019, de 14 de mayo, ante un supuesto similar de licitación de medicamentos por principio activo, «desde una óptica puramente contractual, ningún reproche de legalidad puede hacerse a la definición del objeto contractual en el pliego, el cual encaja plenamente en las previsiones del artículo 99 de la LCSP y viene configurado atendiendo al principio activo, lo que favorecerá la concurrencia permitiendo la participación de medicamentos biológicos y biosimilares, en consonancia con los principios básicos de la contratación pública consagrados en el artículo 1 del citado texto legal.

Además, esta definición del suministro atendiendo al principio activo se encuadra en el ámbito de discrecionalidad que ostenta el órgano de contratación para determinar el objeto contractual de acuerdo con sus necesidades y forma parte de la libertad configuradora reconocida a dicho órgano que tiene amparo en el artículo 99.1 de la LCSP "El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única".

SEXTO.- Sentado lo anterior, comenzaremos por el primero de los apartados del referido motivo, relativo a la configuración de los Pliegos, en el que se señala la inadecuación de la exigencia del certificado relativo a la norma UNE-EN 13726-2, a efectos de otorgar la puntuación correspondiente al criterio de adjudicación relativo a la velocidad de evaporación de los apósitos.

En apoyo de esta afirmación, la empresa reclamante señala que la medición resultante de la norma UNE-EN 13726-2 no tiene relevancia técnica para estos productos, ya que, las distintas composiciones de los apósitos van a dar distintas cualidades, por lo que no es posible valorar soluciones distintas con el mismo criterio en condiciones de igualdad.

A ello añade que la misma administración, en el contrato de suministro de apósitos con Expediente Nº Aprox 10/018, creó lotes diferentes en función de la composición de los apósitos, no pidiéndose siempre el mismo certificado.

Volviendo sobre la doctrina de la discrecionalidad técnica de la administración en lo que a la configuración del contrato se refiere, encontramos aplicaciones específicas de la misma a los criterios de adjudicación, en numerosas resoluciones de los Tribunales de contratos.

Así, en el fundamento sexto de la Resolución 126/2020, de 30 de enero de 2020, del TACRC se establece que, *"Debe recordarse a este respecto la doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en relación con la fijación de los criterios de adjudicación dado que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines de tal suerte que deben admitirse posibles criterios de adjudicación siempre que no sean discriminatorios y estén vinculados al objeto del contrato. El hecho de que en otros contratos similares en cuanto a su objeto pero en diferentes provincias el poder adjudicador haya establecido como criterio de adjudicación la tenencia de una unidad de cuidados intensivos no es óbice para que en este caso puedan tenerse en cuenta criterios diferentes que resulten para el órgano de contratación más idóneos a la hora de determinar las necesidades hospitalarias y ambulatorias de una determinada población, sin que por otra parte el recurrente haya acreditado lo contrario "*

En el fundamento séptimo de la Resolución 534/2018, del mismo Tribunal, señala:

"*Este Tribunal debe recordar que es competencia discrecional del órgano de contratación la determinación y ponderación de los criterios de adjudicación de un contrato en cuanto que guarden relación con el objeto del mismo y garanticen los Principios de la Contratación Pública contribuyendo a la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Ello quiere decir que pudiendo existir diferentes criterios admisibles y válidos, la concreta configuración de la licitación, siempre dentro de los límites legales apuntados, corresponde al órgano de contratación, sin que el sindicato recurrente tenga legitimación activa para cuestionar los criterios de valoración establecidos por el órgano de contratación en ejercicio de su exclusivo*

derecho a la configuración del contrato de acuerdo con sus necesidades, debiendo por tanto inadmitirse el recurso en lo relativo a esta alegación."

Por otra parte, los requisitos exigibles a los criterios de adjudicación se determinan en el artículo 64. 1 LFCP, de la siguiente manera:

"Artículo 64. Criterios de adjudicación.

1. Los contratos se adjudicarán a la oferta con la mejor calidad precio. Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Estarán vinculados al objeto del contrato.

b) Serán formulados de manera precisa y objetiva.

c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva."

En el supuesto que nos ocupa encontramos que la reclamante no señala infracción legal alguna, ni acredita que la capacidad y velocidad de evaporación de los apósitos impida una evaluación en condiciones de competencia efectiva. La afirmación en el sentido de que las distintas composiciones de los apósitos aportan diferentes cualidades, lejos de argumentar la invalidez del criterio adoptado, apunta a la conveniencia para la reclamante de utilización de un criterio distinto al utilizado por el órgano de contratación.

Así pues, no puede sino concluirse que el planteamiento de la reclamante se traduce en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración sobre la configuración de la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.

Otro tanto acontece con la afirmación de que en otra ocasión el SNS-O distribuyó los lotes en función de la composición de los apósitos, pues la misma falta de argumentación no hace sino evidenciar la pretensión de sustitución del criterio seguido por el órgano de contratación.

Como ha señalado el TACRC en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, *la pretensión del 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 pretende con él."*

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- En el segundo de los apartados del motivo relativo a la configuración de los Pliegos, la entidad reclamante alega la incorrecta configuración de las exigencias técnicas.

En este punto se cuestiona la configuración de las prescripciones técnicas contenidas en el Anexo V de los pliegos reguladores, tanto en lo relativo a la exigencia de un apósito de alta absorción en el Lote 3, como en lo relativo a la indefinición que a su parecer supone la mención a la "alta absorción" y la presentación de apósitos con, al menos, "3 medidas diferentes", al no determinarse el grado de uno y las medidas del otro, que serán aceptados.

Señala la reclamante que "*las actuales configuraciones de estas prescripciones técnicas otorgan una discrecionalidad absoluta al órgano de contratación al no determinar baremo o medida alguna para determinar qué soluciones cumplen con las exigencias técnicas*".

El art. 60 de la LFCP regula las prescripciones técnicas del siguiente modo:

"*1. Los pliegos reguladores de la contratación contendrán las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato, que se denominarán prescripciones técnicas. Estas prescripciones podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Si una norma de la Unión Europea establece requisitos de accesibilidad aplicables al contrato, dicha norma habrá de citarse en las prescripciones técnicas.*

2. Las prescripciones técnicas deberán formularse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad y diseño para todos los usuarios, así como criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con una de estas modalidades:

a) Por referencia a las especificaciones definidas en el artículo 61 de esta ley foral y de acuerdo con el orden de preferencia señalado, acompañadas de la mención 'o equivalente´.

b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales.

c) Por referencia a las especificaciones técnicas de la letra a) en algunas características y en términos de rendimiento o exigencias funcionales para otras.

3. Con independencia de los términos en que se encuentren formuladas las prescripciones técnicas, no podrá rechazarse una oferta cuando quien licita pruebe que cumple de forma equivalente los requisitos fijados en las especificaciones técnicas señaladas en el apartado a) del apartado anterior o los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales del contrato. A estos efectos, constituirán medios de prueba, entre otros, la documentación técnica del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido de conformidad con la normativa europea.

4. Cuando las prescripciones técnicas se definan en términos de rendimiento o de exigencia funcional, éstas deberán ser lo suficientemente precisas como para permitir a las personas interesadas en la licitación determinar el objeto del contrato."

El art. 61, apartado 1.b) también LFCP, define la especificación técnica en los contratos públicos de suministro o de servicios como "*aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de las personas con discapacidad) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones; asimismo, los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad.*"

El art. 62.1 de la misma Ley Foral, señala que "*las prescripciones técnicas de los contratos deberán permitir el acceso de quien vaya a licitar en condiciones de igualdad y no podrán tener como efecto la creación de obstáculos injustificados a la libre competencia entre las empresas.*"

En relación con la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación para la configuración de las prescripciones técnicas, la Resolución TACRC 620/2016, de 29 de julio, que la propia reclamante cita, señala lo siguiente:

"*Décimo. Vistos los antecedentes, a un supuesto como el presente le resulta de aplicación la doctrina que se ha venido consolidando en multitud de resoluciones por este Tribunal, pudiendo citar por ejemplo la Resolución 184/2016, de 4 de marzo de 2016, en la que nos pronunciamos del siguiente modo:*

"*Este Tribunal ha desarrollado en varias resoluciones una extensa doctrina sobre el alcance del citado artículo 117.8 del TRLCSP, doctrina que se puede resumir en los siguientes puntos:*

1.- La determinación de los requisitos técnicos exigibles en la licitación corresponde al órgano de contratación, que dispone al efecto de un amplio margen de discrecionalidad.

En la Resolución 991/2015, de 23 de octubre, el Tribunal declaró lo siguiente:

"En el análisis de la cuestión controvertida, debe tenerse presente que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar, a fin de garantizar, como señala el artículo 1 del TRLCSP, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos.

Decíamos en nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, 'que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: 'La determinación de los

criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad'.

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución no 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: 'Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida'." En el mismo sentido se expresa la Resolución 363/2014, de 9 de mayo, con cita de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid no 62/2011, de 28 de septiembre.

En fin, en este punto "debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida

a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.' (Resolución 250/2015, de 23 de marzo)."

Así las cosas, respecto a la alegada "oscuridad" o "indeterminación insuperable" en las exigencias técnicas, en relación con la exigencia del suministro de apósitos de alta absorción y de la presentación de tres medidas diferentes en los apósitos, cabe señalar, en primer lugar, que del propio texto del anexo V se desprende que la exigencia de "*alta absorción"* hace referencia a un tipo o categoría de apósito, siendo suficiente la pertenencia del apósito ofertado a tal categoría. Lo mismo ocurre con la exigencia de oferta de tres tamaños de apósitos, respecto de la que, la lógica determina que el cumplimiento de la prescripción se producirá con la entrega de los tres tamaños que cada licitador estime conveniente.

Por tanto, no cabe apreciar la discrecionalidad absoluta que se reprocha, por cuanto no se trata ahora de criterios de adjudicación en los que la concurrencia en condiciones de transparencia y objetividad exigiría concreción y conocimiento previo de lo que el órgano de contratación valora en cada caso, sino de requisitos de la oferta cuyo examen de cumplimiento no demanda mayores especificaciones que las realizadas.

Por otra parte, se advierte que la referida ausencia de mayor especificación respecto a los productos es más proclive a una mayor concurrencia, en línea con lo exigido por el art. 62.1 de la LFCP, respecto de la opción de limitar las ofertas a grados o medidas concretas.

No se aprecia, por tanto, la alegada incorrecta configuración de las exigencias técnicas, debiendo por ello desestimarse este motivo de impugnación.

OCTAVO.- Señala también la reclamante que la falta de publicación del informe de necesidad junto con los pliegos, constituye un quebranto del principio de transparencia e infringe los artículos 49. 1, 88. 2. c) y 138.3 de la LFCP.

El análisis de esta cuestión requiere comenzar por examinar los artículos citados, cuyo contenido es el siguiente:

"Artículo 49. Acceso a la información de la licitación.

1.Deberá ofrecerse acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos y demás documentación complementaria a través del Portal de Contratación desde la fecha de publicación del anuncio de licitación"

"Artículo 88.

Portal de Contratación de Navarra.

(…

2. La transparencia en la contratación pública se articulará a través del Portal de Contratación de Navarra, configurado éste como un instrumento fundamental de información en el que deberán figurar:

(…)

c) La información sobre las licitaciones en curso, con acceso a la información del anuncio de información previa y, además, la siguiente información: 1.º Toda la información prevista en la letra b) del apartado 2 de este artículo. 2.º Órgano de contratación. 3.º Criterios de adjudicación, en particular el precio, criterios sociales, medioambientales, de género y relacionados con la innovación. 4.º Precio de licitación. 5.º Plazo de presentación de ofertas o solicitudes. 6.º Lugar de presentación de ofertas. 7.º Fecha de publicación en el Portal de Contratación. 8.º Fecha de publicación en el DOUE. 9.º Plazo de ejecución o duración del contrato. 10.º Posibilidad de prórrogas. 11.º Acceso completo a los pliegos del contrato y restante documentación complementaria si la hubiera. 12.º Composición de las mesas de contratación."

"Artículo 138. Expediente de contratación de tramitación ordinaria.

El expediente de contratación se iniciará mediante un informe razonado de la unidad gestora del contrato, exponiendo la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, idoneidad del objeto para satisfacerlas, características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato, adecuación del precio al mercado, la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, la elección del procedimiento de contratación y los criterios de solvencia, las necesidades específicas y circunstancias que afecten a las personas destinatarias de los bienes o servicios y cuantas otras se estimen necesarias.

De esta transcripción resulta que los artículos 49 y 88 LFCP regulan los requisitos de acceso a la información de la licitación, utilizando las expresiones, "*acceso a la información de la licitación y demás documentación complementaria*", y "*Acceso completo a los pliegos del contrato y restante documentación complementaria si la hubiera*", respectivamente, mientras que el artículo 138 regula el expediente de contratación, ordenando su iniciación mediante el informe de necesidad y sin ninguna indicación respecto a la publicación de éste.

Del planteamiento del motivo se desprende que la reclamante ha interpretado que la documentación complementaria a la que se refieren estos artículos está referida o incluye, el informe de necesidad.

Sin embargo, no hay base jurídica, ni criterio interpretativo que pudiera sostener una interpretación como la realizada por la reclamante, máxime cuando la lógica y la práctica de la contratación determinan que la documentación complementaria a la información de la licitación sólo puede ser aquella que complementa la necesaria para la elaboración de las proposiciones, y que viene a estar constituida por documentos que aportan información específica sobre las prestaciones objeto del contrato, sin que esta función pueda predicarse del informe de necesidad, cuyo objeto, según resulta de la regulación transcrita, no es otro que el de justificar y fundamentar la decisión del órgano de contratación en torno a la satisfacción de su necesidad mediante la celebración de un contrato.

En todo caso, lo cierto es que la LFCP, a diferencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo art. 116.1 señala que "*la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previsto en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante*", no establece la obligación de publicar el informe de necesidad, ni la de ninguno de los documentos que conforman el expediente de contratación, por lo que ningún defecto cabe apreciar a este respecto en la licitación promovida por el SNS-O.

En consecuencia, el órgano de contratación no ha incurrido en las infracciones que se alegan, debiendo decaer por tanto este motivo de impugnación.

NOVENO.- El siguiente motivo planteado es la inexistencia de precio cierto en el contrato correspondiente al lote 3, ya que, en el Anexo I del Pliego Regulador (Modelo de proposición económica) se establece que debe suministrarse una cantidad anual estimada de 913 tiras adhesivas a un precio máximo unitario de 0 euros.

Alega la reclamante, que esta circunstancia vulnera los artículos 3 y 43 de la LFCP, estableciéndose en el primero la exigencia de onerosidad de los contratos públicos, y en el segundo, la de que éstos han de tener un precio cierto y adecuado al mercado. Asimismo, afirma que los artículos 152 y 222 LFCP precisan que los contratistas tienen derecho al abono de las prestaciones realizadas.

En apoyo de su alegación cita la Resolución 65/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Tal y como se afirma en la reclamación, en el apartado 3 ("Características técnicas específicas de cada lote) del Anexo V (Prescripciones Técnicas) del pliego regulador del contrato, se hace constar como parte del lote 3 las tiras adhesivas (LOTE 3005), figurando, en el Anexo I (Modelo de proposición económica) una cantidad estimada anual de 913 unidades con un precio máximo por unidad de 0,00 euros.

Así pues, la cuestión que debe resolverse es, si el hecho de que se establezca un precio de 0 euros para uno de los productos incluidos en el lote 3, tiene como consecuencia la anulación de la onerosidad del contrato, la certeza sobre el precio y su adecuación al Mercado, así como la vulneración del derecho de los contratistas a la remuneración de las prestaciones realizadas.

A este respecto, la doctrina de los tribunales de contratos ha venido a establecer que la existencia de un precio unitario de 0 euros no incide sobre la onerosidad del contrato, ni sobre el equilibrio entre las partes, lo que es extensible al resto de notas cuya vulneración se afirma en este caso, en la medida en que el coste del producto ofertado a 0 euros puede considerarse incluido en el precio total del contrato.

Así lo recoge la Resolución 38/2018, de 31 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que al resolver una reclamación relativa a una oferta de 0 euros respecto a uno de los precios unitarios, señala, en su fundamento quinto, que:

"*El modelo de proposición económica aprobado en el PCAP no contempla el importe total por el que se comprometen los licitadores a ejecutar el contrato sino tan solo el precio/hora unitario ofertado para cada categoría con y sin IVA.*

(…).

Como reiteradamente ha manifestado este Tribunal, la exigencia de que el cálculo del valor del contrato se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.

El Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en un supuesto semejante al que ahora nos ocupa, estimó un recurso, trayendo a colación la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C451/08, Helmut Müller GmbH, en que el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación (F.J. 45). Los tribunales de recursos contractuales admiten un concepto amplio de onerosidad y han reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato. Así, el TACRC en las Resoluciones 661/2014 y 1045/2015, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 98/2015 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus Acuerdos 61/2014 y 13/2015.

Cabe citar también la Resolución 396/2014, del TACRC, que, tras mencionar las conclusiones del Abogado General, presentadas el 11 de abril de 2013, en el Asunto

C- 576/10 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2010, en el asunto 451/2010, concluye que "estos pronunciamientos cuando hablan de la onerosidad del contrato público se centran, sobre todo, en el beneficio del poder que adjudica el contrato, resultando, al menos en estas referencias, la naturaleza de la contraprestación de la otra parte, del contratista, que funciona también como esencial en los contratos onerosos, pero con un carácter, si se quiere, menos riguroso, al menos en lo que al concepto económico se refiere, que el beneficio económico que debe suponer, en todo caso, el contrato, para la administración."

Este Tribunal, acogiendo la doctrina expuesta, considera que la proposición ofertada por la adjudicataria (cero euros/hora en el coste de uno de los integrantes del equipo que prestará el contrato) no es contraria a derecho ni anula la nota de onerosidad del contrato, en la medida que puede entenderse, que dicho coste se retribuye con cargo al precio general del contrato. Abunda en esta consideración la circunstancia de que existen supuestos admitidos normativa y doctrinalmente en que eventualmente una prestación o producto de los ofertados puede serlo a precio cero euros, como sería el caso de las ofertas integradoras, variantes con rapeles, ofertas 3x2, etc.

Este Tribunal considera además que la oferta de la adjudicataria no infringe los principios de concurrencia e igualdad una vez que se admite la onerosidad del contrato, puesto que nada impide que otros licitadores hubieran realizado la misma oferta sin que exista por otro lado identidad de razón con las Resoluciones del TACRC citadas por la recurrente en que la oferta a la postre se traduce en una cantidad indeterminada de productos que ni responde a las necesidades del órgano de contratación, ni es posible ejecutar. Sin embargo, en este caso se trata del precio hora del coordinador cuyas horas de prestación están determinadas en la oferta y que deben entenderse incluidas en el precio global del contrato sin que ello implique que no van a verse satisfechos los derechos laborales del trabajador que desempeñe tales tareas.

Por todo lo cual considera el Tribunal debería desestimarse el recurso por este motivo."

El Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que se cita en la anterior Resolución, señala en su fundamento de derecho cuarto, respecto a la onerosidad de los contratos, lo siguiente:

"El recurrente defiende también, frente al criterio de la Mesa de contratación, que no puede alegarse falta de onerosidad a su oferta, ya que el valor de 0 euros consignado afecta únicamente a una parte complementaria de la prestación, siendo evidente que si va a haber contraprestación económica, teniendo ese valor de 0 euros una incidencia menor en el volumen total del contrato.

Una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho patrimonial es, precisamente, la relativa a la gratuidad u onerosidad de los actos y negocios jurídicos. Debate que trae causa de la ausencia de regulación normativa acerca de que es la onerosidad de un contrato, en el Derecho positivo. Sin necesidad de analizar con detenimiento la doctrina iusprivatista, puede afirmarse que no es precisa la existencia de una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, entre la obligaciones o sacrificios, sino que basta la existencia de una relación de causalidad, para la afirmación del carácter oneroso de una prestación. Es la relación de causalidad entre dos prestaciones, entre una prestación y una obligación o entre dos obligaciones, cualquiera que sea la equivalencia objetiva o no de las mismas, la que provoca el que se produzca el contrato oneroso.

En el derecho público, tradicionalmente, el carácter oneroso de un contrato se ha referido a la existencia de un intercambio de prestaciones entre las partes contratantes; contraponiéndose, de este modo, a la figura de los contratos gratuitos, en los que uno de los contratantes se compromete a proporcionar al otro una ventaja pero sin recibir equivalente alguno, es decir, con ausencia de contraprestación. Es decir, la existencia de retribución y el coste económico para una de las partes es la característica de la onerosidad.

En el ámbito comunitario, el TJUE ha admitido la configuración amplia del concepto onerosidad en las relaciones contractuales. En la Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, Ordene Delhi Architetti y otros, se afirma que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato (FAA. 77) o, en términos parecidos, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato publico de obras, es

necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación (FAA. 45); si bien, en este punto, se AÑADE una matización importante, puesto que el Tribunal de Justicia exige que la prestación debe conllevar, además, un beneficio económico directo para el poder adjudicador (FAA. 49). Así pues, en el procedimiento objeto del recurso, es claro y meridiano que el licitador recurrente oferta cero (0) euros por el precio de la hora de limpieza a requerimiento (oferta por la que debe obtener 5 puntos) porque obtiene la retribución de este eventual servicio con cargo al precio general del contrato. (…)."

En esta línea misma línea el art. 3 de la LFCP, señala que "*Se entenderá que concurre el carácter oneroso cuando el contratista obtenga algún beneficio de tipo económico, ya sea de forma directa o indirecta*".

Respecto de la cuestión que se analiza el Pliego establece, en su Anexo I, que los productos a suministrar en el lote 3, son: unidad de vacío desechable con cantidad estimada de 914 y precio unitario máximo de 50 euros, apósito pequeño de cantidad estimada 598 y precio unitario máximo de 30 euros, apósito mediano con cantidad estimada de 270 unidades y precio unitario máximo de 30 euros, apósito grande con cantidad estimada de 45 unidades y 30 euros de precio unitario máximo y por último las tiras adhesivas con 0 euros de precio unitario y cantidad estimada de 913 unidades.

Por otra parte, en el cuadro de características del contrato se establece un importe anual de licitación para este lote de 80.391, 67 euros. Estableciéndose en el apartado 10.1.B.1) del cuadro de características del contrato que el precio ofertado "*será la suma de los importes calculados de multiplicar los precios unitarios ofertados para cada material que compone el Lote por la cantidad estimada anual de cada uno*".

A la luz del marco legal y doctrinal expuesto, debemos concluir, partiendo de que el precio de los productos ofertados a 0 euros puede verse compensado con el precio total del contrato, que no resulta acreditado que en el presente caso no opere esta circunstancia, especialmente a la vista del volumen del mismo, así como del conjunto de los precios y cantidades estimadas del resto de los productos que componen el Lote 3. Asimismo, se concluye que el contrato cuenta con un precio cierto, según se establece en el referido apartado 10.1.B.1 del cuadro de características, que no se ve alterado por

la existencia de un precio unitario de 0 euros, obteniéndose la misma conclusión en relación con la adecuación del precio al mercado y el derecho de los contratistas a obtener la correspondiente remuneración.

Por último, hemos de señalar la falta de similitud entre este caso y el analizado en la Resolución 65/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que la reclamante cita.

Dicha resolución versa sobre el efecto que la falta de determinación de las cantidades a suministrar respecto de un determinado producto tiene en la concurrencia y en la igualdad de los licitadores, al impedir dichas circunstancias que los licitadores puedan calcular el coste de este suministro y repercutir su coste al precio general del contrato

En su fundamento de derecho quinto señala:

"*Además de ello, lo que es más relevante, a pesar de que el suministro de los medidores es obligatorio, no se establece el número concreto que se deberá entregar, por lo que, no habiéndose fijado un precio unitario por medidor, la indeterminación de las unidades no permite a los licitadores calcular el desembolso económico que supondrá ese suministro y, en consecuencia, repercutir su coste al precio unitario por tira reactiva.*

(…).

Resulta así acreditado que un nuevo proveedor puede partir en desventaja al tener que sustituir parte del material, y que los pliegos no dan herramientas para definir el número de medidores y, por ello, es indeterminable el importe que deberá contabilizarse para ofertar el precio unitario por tira reactiva.

(…).

Como consecuencia ello la retribución final de la prestación de suministro no se conocerá por el licitador hasta la finalización del contrato, momento en el que deberá imputar a lo abonado por las tiras reactivas el coste de los medidores cedidos (sin precio alguno que las retribuya), de forma tal que el cálculo del precio unitario obliga a configurar las ofertas económicas como meras apuestas."

Esta circunstancia no concurre, sin embargo, en el contrato de suministro licitado por el SNS-O, dado que el número de unidades de tiras adhesivas a suministrar figura en el pliego (913), por lo que no existe la indefinición que podría impedir, como en este caso, la realización de una oferta en condiciones de igualdad.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- En relación con la configuración de los lotes objeto del contrato, la reclamante alega la falta de motivación y justificación de ésta, así como que dicha configuración quebranta el principio de concurrencia de los operadores económicos en los procedimientos de contratación pública, que entronca con el principio de libertad de acceso a las licitaciones, siendo éste uno de los pilares fundamentales que regentan la contratación pública.

La alegación está exenta de motivación que sustente las infracciones de los principios que señala. En su lugar se cita el artículo 41 LFCP, que establece la obligación de justificar la no división del contrato en lotes; se transcriben apartados de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, referidos al principio de concurrencia y se citan resoluciones de los Tribunales de Contratos (Resoluciones 124/2018, de 25 de abril, y 3/2017, de 11 de enero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y la Resolución 620/2016, de 29 de julio, del TACRC), en las que se establece la necesidad de motivación de la decisión sobre la configuración de los lotes, a efectos de control de la discrecionalidad técnica que al respecto asiste a los órganos de contratación.

La alegación finaliza señalando que, *"la propia configuración del lote 1 en distintos componentes sueltos, impidiendo la presentación de Kits, suponen un mayor coste a la administración en contra de los principios rectores de la contratación pública como la eficiencia del gasto público."*

En el informe de necesidad que obra en el expediente encontramos la siguiente motivación relativa a la configuración del lote 1:

"El objeto del contrato es el suministro de los materiales que se indican (material necesario para el tratamiento de heridas con terapia de presión negativa) cuyas características se definen en las correspondientes prescripciones técnicas para satisfacer la necesidad aludida de que el personal sanitario cuente con los materiales adecuados para curar heridas crónicas y de larga duración en las mejores condiciones de seguridad y confortabilidad para los pacientes.

Se opta por la adquisición de fungibles con cesión de equipos para el lote 1, por ser la práctica casi unánimemente extendida en todas las comunidades autónomas, ya que garantiza la disposición de la tecnología más moderna existente en el mercado, cuestión de gran importancia en un mundo en constante evolución. Evitando además que si se compra un equipo se "esclavize" la compra de los fungibles a los criterios volubles del mercado y de la empresa, pudiéndose quedar obsoleto el equipo rápidamente. Es un medio de adaptarse a la obsolescencia programada de los equipos en este mercado de la manera más eficiente para el SNS-O."

Antes de examinar la cuestión planteada conviene recordar que, en relación con la configuración de los lotes de los contratos, la doctrina de los tribunales de contratos manifiesta que ésta se sitúa en el ámbito de la discrecionalidad técnica que al órgano de contratación corresponde, a fin de que sea adoptado el criterio, debidamente justificado, que mejor se adapte a las necesidades a cubrir y sin que por ello, pueda prevalecer el criterio de los licitadores manifestado mediante la correspondiente impugnación.

Así en el fundamento sexto de la Resolución 1165/2019, de 21 de octubre, del TACRC, se establece lo siguiente:

*"Sexto**.** No se puede resolver esta cuestión sin traer a colación la doctrina asentada por este Tribunal en el análisis de recursos con similar objeto litigioso.*

Así por todas podemos citar la resolución 750/2019 de 4 de julio la cual establece en su fundamento cuarto:

"Para resolver esta cuestión debemos referirnos a la doctrina de este Tribunal relativa a la formación de los lotes, considerando que forma parte del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación, de acuerdo con las necesidades a satisfacer. Así en la Resolución nº 149/2019 se indica:

"Conviene comenzar recordando que este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (por todas, Resolución 1201/2018) que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran, desestimando así las pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo sugerido por el recurrente en cada caso".

La citada Resolución 1201/2018, de forma clara, se refiere a la discrecionalidad técnica en este aspecto señalando:

"No obstante, el órgano de contratación goza de discrecionalidad técnica a la hora de aplicar el criterio que mejor se ajuste a sus necesidades en orden a la división del contrato en lotes.

En este sentido, en la Resolución 756/2014, de 15 de octubre, se precisa que «lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, 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 pretende con él».

En definitiva, corresponde al órgano de contratación decidir la contratación y el modo en que se dividen los lotes, aplicando los criterios que mejor se ajusten a las necesidades que persigue, sin que pueda prevalecer en una impugnación el criterio subjetivo de los licitadores. No obstante, esta discrecionalidad no puede implicar arbitrariedad alguna, por lo que debe estar justificada la división en lotes.

A juicio de este Tribunal, y como ya se ha venido anticipando a lo largo del presente fundamento, la división en lotes y el criterio empleado por el órgano de contratación se ajustan plenamente a los principios rectores de la contratación en el sector público, por lo que no se aprecia arbitrariedad ni error manifiesto en su configuración, de tal suerte que el motivo invocado debe rechazarse. La justificación ofrecida por el órgano de contratación aparece en el expediente con suma claridad, por lo que la doctrina de los Tribunales de contratación invocada por la recurrente no

puede aplicarse al presente caso, al referirse a supuestos en los que el órgano de contratación no había si quiera justificado en el expediente la división en lotes. (…)

En el mismo sentido que en las citadas resoluciones, en el presente caso, no se aprecia arbitrariedad ni error manifiesto en la configuración de los lotes. La alegación del recurrente en la que critica que la agrupación en el lote 1 no se basa en los criterios que considera, a su juicio, más idóneos (metodología empleada, detección de grupos de macromoléculas, equipamiento, económicos), no implica que los criterios utilizados sean arbitrarios o irrazonables, habiéndose justificado su utilización de forma suficiente, y coherente con la necesidad del contrato.

Recordemos que la pretensión del recurrente no puede sustituir la voluntad de la administración en cuanto a la configuración de los fines y el objeto del contrato>>.

(…)

En el mismo sentido, la Resolución 182/2019, de 31 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, dispone:

a) Sobre la división en lotes del objeto del contrato y su justificación.

UNO plantea, en resumen, que el contrato debió dividirse por lotes territoriales para garantizar la competencia y la participación de un mayor número de empresas.

Sobre la división por lotes, este Órgano ya ha indicado en ocasiones anteriores 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, entre los que se encuentra el análisis de si la configuración elegida es arbitraria

porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores (ver, en este sentido la Resolución175/2018 del OARC / KEAO).

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". 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; 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)."

Aplicando esta doctrina al caso concreto encontramos que en el informe de necesidad que obra en el expediente se contienen, aunque en modo escueto, los motivos que han guiado al órgano de contratación en la configuración de este contrato.

Así, en dicho informe se señala, precisamente respecto del Lote 1, la opción por "*fungibles", "en la medida en que éstos garantizan el suministro en línea con las últimas tecnologías"*, lo que unido a que, según consta en el apartado "Características de las prestaciones", cada uno de los lotes responde a modalidades de terapias de presión diferentes en función del tratamiento necesario en cada caso, lleva a que no pueda apreciarse la alegada falta de motivación, ni irracionalidad o falta de lógica en la configuración de lotes.

Por otra parte, de las alegaciones no resulta acreditación alguna de la infracción del principio de concurrencia, ni arbitrariedad, ni la forma en que la ausencia de la posibilidad de ofertar Kits pudiera ser contraria al principio de eficiencia, limitándose una vez más, a la pretensión de sustituir el criterio del órgano de contratación por el suyo propio.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- Por último, la entidad reclamante, bajo el enunciado "*Concurrencia de las causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración"*, transcribe los artículos 116 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, resaltando algunos de sus apartados en negrita, pero sin realizar alegación o consideración alguna al respecto.

Nos encontramos, por tanto, ante una alegación carente de motivación y de fundamentación jurídica.

A este respecto, este Tribunal ya se ha manifestado en Acuerdos anteriores. Así, por todos, en el fundamento séptimo del Acuerdo 16/2020, de 25 de febrero, con cita del 56/2019, de 19 de junio, de este Tribunal, señalábamos que "*prescindir de indicar en el escrito de interposición de la reclamación las razones que motivan el ejercicio de la acción, (…) infringe el principio de contradicción, esencial en todo proceso, y, por ende, el derecho a la legítima defensa de la parte cuyos actos se impugnan, que debe conocer en toda su extensión los aspectos sobre los que versa el procedimiento de*

impugnación, para poder defenderse debidamente, contestar y utilizar los medios de prueba que precise. No basta con referir determinadas cuestiones sin aludir a las que adolezcan de defecto jurídico alguno y sin indicar las razones de su oposición, toda vez que sin ello no se puede pretender que sea la entidad contratante la que justifique sus actuaciones, ni mucho menos que este Tribunal sustituya a las partes y complete sus insuficiencias, fundamentalmente en un aspecto tan relevante para el proceso como es la identificación de las concretas razones de impugnación esgrimidas que, como no puede ser de otra manera, corresponden exclusivamente, en virtud del principio dispositivo, a la parte que ejercita la acción de impugnación."

La aplicación de esta doctrina conduce a la desestimación del motivo alegado puesto que, tras apuntar la concurrencia de causas de nulidad, no se identifican las concretas causas que concurren, ni los motivos que las soportan; siendo que, en su condición de reclamante, a ésta incumbe la carga de expresar un mínimo de fundamentación fáctica y jurídica, sin que tal labor haya sido realizada.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SMITH & NEPHEW, S.A. contra los pliegos reguladores del contrato "*APRO 59/2020: Suministro de material y equipos para el tratamiento de heridas mediante sistema de Terapia de Presión Negativa*", tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

2º. Notificar este acuerdo a SMITH & NEPHEW, S.A. y al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 17 de junio de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.