

ENCAJE LEGAL DE LA COMPRA PÚBLICA DE VALOR

Santiago Tomás Pujol y Xavier Moliner Bernadés

Fecha de recepción: 21 noviembre 2022.

Fecha de aceptación y versión final: 22 noviembre 2022.

Resumen: El presente artículo tiene por objeto aportar una visión práctica acerca de cuáles son los mecanismos legales que nos ofrece la normativa sobre contratos del sector público para llevar a cabo proyectos de compra pública de valor. Se proporciona unas primeras directrices a seguir para que, aquellas compañías que quieran construir sus propuestas de valor y los órganos de contratación que deseen apostar por este modelo, puedan hacerlo sobre una sólida base legal que les proporcione seguridad jurídica.

Palabras clave: Contratación pública; Ley 9/2017; compra pública innovadora; pago por resultado; contrato mixto.

Abstract: The purpose of this article is to provide a practical overview of the legal tools offered by the regulations on public procurement to develop value-based public procurement projects. It provides several initial guidelines to be followed so that companies that want to build their value-based propositions and contracting bodies that wish to engage in this model can do so on a solid legal basis that generates legal certainty.

Keywords: Public procurement; Law 9/2017; innovative public procurement; payments based on results; mixed contracts.

1. INTRODUCCIÓN

Soplan nuevos vientos en la compra pública sanitaria. La crisis sin precedentes que supuso la pandemia, cuyos efectos todavía se notan, fue un auténtico desafío para nuestro

sistema sanitario que puso de manifiesto sus carencias, limitaciones y, por supuesto, también sus fortalezas. Superada la emergencia sanitaria, se hizo patente la necesidad de replantear la forma en que se ha venido operando para combatir esas debi-

lidades detectadas (deslocalización de la cadena de suministro con los consecuentes problemas de abastecimiento, dificultades para acceder y fomentar la innovación, etc.).

La nueva crisis sobrevenida a raíz de la invasión rusa en Ucrania y el uso del suministro de gas y energía como un arma más de guerra económica, no han hecho más que acentuar la urgencia de adoptar ese nuevo rumbo.

En este contexto, uno de los pilares esenciales de la recuperación y una de las herramientas más útiles de las que disponemos para impulsar el cambio es la contratación pública. Así

Voces autorizadas dentro del mundo académico, reclaman abandonar la concepción tradicional de la compra pública como un gasto que hay que minimizar buscando el precio más bajo, para pasar a concebirla como una inversión, buscando la mayor rentabilidad futura por encima del ahorro inmediato.

lo han reconocido las más altas instancias políticas de nuestro entorno. La Comisión Europea defiende que la contratación pública debe usarse como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”¹, abogando por una visión estratégica de la contratación pública, como instrumento para una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica².

Voces autorizadas dentro del mundo académico, reclaman abandonar la concepción tradicional de la compra pública como un gasto que hay que minimizar buscando el precio más bajo, para pasar a concebirla como una inversión, buscando la mayor rentabilidad futura por encima del ahorro inmediato³. Especialmente en el ámbito sanitario, en el que la compra pública debe atender a la idea del valor generado para el paciente y facilitar la incorporación de las innovaciones⁴. Se recomienda prescindir de licitaciones en las que el precio sea el único criterio de adjudicación en pro de tomar en cuenta la calidad o el resultado que se ofrece. Recomendaciones que también se efectúan desde las asociaciones representativas de la industria farmacéutica, como la *European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations* (EFPIA)⁵, o incluso desde la propia Comisión Europea⁶.

Lo que se pretende, en realidad, no es más que hacer efectiva la obligación de adjudicar el contrato a la oferta que represente mejor relación calidad-precio que prevén los artículos 1.3, 131.2, 145.1 y 176.2 de la Ley de Contratos del Sector Público⁷ (que a veces parece haberse olvidado), objetivo consagrado en la Directiva sobre Contratación Pública⁸.

En paralelo, la industria farmacéutica y algunos gestores públicos llevan años buscando nuevas formas de interactuar y de colaborar en la implementación de proyectos que van más allá del mero suministro de un medicamento. Proyectos nacidos de la confluencia de intereses entre las compañías y el sector público, que suponen implicar a la compañía en la consecución de la mejor solución terapéutica para el paciente.

...la industria farmacéutica y algunos gestores públicos llevan años buscando nuevas formas de interactuar y de colaborar en la implementación de proyectos que van más allá del mero suministro de un medicamento. Proyectos nacidos de la confluencia de intereses entre las compañías y el sector público, que suponen implicar a la compañía en la consecución de la mejor solución terapéutica para el paciente.

Este cambio de cultura no es una utopía, sino que tiene un nombre, la “*compra pública de valor*” y ya se ha implementado (con éxito), en el ámbito de las tecnologías sanitarias, no así en la compra de medicamentos. Tampoco es un cambio que requiera de reformas normativas de calado, sino que puede implementarse hoy mismo mediante los mecanismos que nos ofrece la LCSP. Lo único de lo que precisa es de una apuesta decidida, una voluntad y amplitud de miras de todos los actores implicados, en especial de los gestores públicos que configurarán las licitaciones. En definitiva, se trata de contratar de forma distinta a lo que se ha hecho hasta ahora.

Mucho se ha escrito ya acerca de las (múltiples) bondades de la compra

pública de valor en el ámbito sanitario. El presente artículo pretende ofrecer una visión práctica acerca de cuáles son los mecanismos legales que nos ofrece la norma para vehicular estos proyectos de compra pública de valor, para vencer la inercia del “*siempre se ha hecho así*”, tan presente en nuestra cultura. Se intenta proporcionar una guía a seguir para que, aquellas compañías que quieran construir sus

propuestas de valor y los órganos de contratación que apuesten por este modelo, puedan hacerlo sobre una sólida base legal.

2. ¿QUÉ ES LA COMPRA PÚBLICA DE VALOR?

Antes de entrar en materia es necesario definir a qué nos referimos cuando hablamos de “*compra pública de valor*”. Se trata de un cambio de mentalidad tanto para la industria como para el comprador público. Pasar de comprar un mero producto al precio más bajo, a contratar una prestación integrada por varios elementos (el suministro del medicamento o producto sanitario + una solución o servicio adicional de valor para el paciente y/o el hospital) que permite alcanzar unos

determinados resultados medibles, previamente definidos.

Y dicha colaboración comienza por poner el foco en el paciente y sus

herencia al tratamiento, atención a pacientes crónicos, continuidad del tratamiento a domicilio).

Pasar de comprar un mero producto al precio más bajo, a contratar una prestación integrada por varios elementos (el suministro del medicamento o producto sanitario + una solución o servicio adicional de valor para el paciente y/o el hospital) que permite alcanzar unos determinados resultados medibles, previamente definidos.

No hay que confundir la compra pública de valor con otras figuras más o menos afines, como la compra pública precomercial y la compra pública de tecnología innovadora. Estas son figuras previstas para adquirir los servicios de desarrollo de soluciones que no se encuentran todavía en el mercado (distinguiéndose entre sí por el grado de madurez del desarrollo de la tecnología en cuestión). En algunos casos, la compra pública de valor puede implicar la necesidad de desarrollar una solución nueva (en cuyo caso la compra precomercial y la compra de tecnología innovadora pueden ser instrumentos a utilizar), pero, en otros muchos (la mayoría) implicará fusionar prestaciones cuyo desarrollo ya está completo y se encuentran en el mercado.

La compra pública de valor propone transitar de la actual relación proveedor-cliente, a una colaboración entre dos partes con intereses compartidos, en la que la industria se convierte en una suerte de "partner" del hospital o servicio de salud implicado en la consecución de unos resultados de los que dependerá la rentabilidad que obtenga.

necesidades. Visualizar el ciclo que sigue ese paciente aquejado de una determinada patología e imaginar qué prestaciones pueden sumarse al suministro del medicamento que aporten ese valor añadido. Imagínese ese ciclo de forma lineal. A grandes rasgos (sujeto a las particularidades de cada patología en concreto) podríamos identificar las siguientes fases de toda patología/paciente:

- Fase de prevención (en un primer estadio puede intentarse que aparezca o se extienda una determinada patología, dolencia, lesión en los pacientes).
- Fase de diagnóstico del paciente.
- Fase pretratamiento (seguimiento del paciente diagnosticado que aún no requiera tratamiento o actos de preparación previa del paciente antes de recibir tratamiento).
- Fase de tratamiento del paciente.
- Fase postratamiento o seguimiento del paciente (monitorización, ad-

A partir de aquí, sería cuestión de reflexionar acerca de cuáles son las necesidades específicas del paciente en cada momento o qué implica su tratamiento o gestión por parte del hospital y las complicaciones que se pueden evitar o resolver.

Ello permitirá identificar una serie de objetivos, unos resultados como, por ejemplo: reducir el número de visitas hospitalarias de esos pacientes, minorar la tasa de reingreso o el número de intervenciones adicionales, reducir la incidencia de determinadas complicaciones, mejorar los resultados de los pacientes (por ejemplo, de porcentaje de pacientes recuperados satisfactoriamente), mayor adherencia al tratamiento, etc. Resultados que pueden generar un ahorro económico para el hospital, una mejor atención al paciente, mayores tasas de recuperación y, en definitiva, un beneficio para la salud de las personas. Lo importante es que se trate de resultados medibles y que se identifiquen los indicadores clave que permitan medir su grado de consecución.

Una vez identificados los resultados deseados y la forma de medirlos, llega el momento de analizar qué se puede ofrecer para alcanzarlos, de forma adicional al mero suministro del medicamento. A tal efecto, es útil de nuevo pensar en las distintas fases del ciclo del paciente. Por ejemplo, en fase de prevención podríamos pensar en unir al suministro de vacunas la colaboración en los programas públicos de vacunación para aumentar su alcance⁹. En fase de diagnóstico, podrían ofrecerse herramientas o servicios para el cribado de pacientes y diagnóstico en

fase temprana, o unidades móviles de detección de la enfermedad en zonas rurales. En fase pretratamiento, cabría pensar en soluciones para monitorizar al paciente y ayudarle a seguir las pautas de preparación indicadas. En fase de tratamiento, se podrían proporcionar soluciones para facilitar la gestión hospitalaria como la entrega en planta o la gestión de stock¹⁰. Finalmente, en fase postratamiento encontraríamos ejemplos de servicios de atención domiciliaria, telemedicina o monitorización remota¹¹.

Identificado el valor que se quiere generar y cómo vamos a generarlo, nos queda solamente determinar cómo vamos a retribuirlo. La compra de valor permite trascender del simple precio unitario no solo como criterio único de adjudicación del contrato, sino también como única forma de remunerar la prestación que se contrata (si se quiere), esto es, el precio final del contrato.

Y es que concebir la prestación como un servicio o solución integrada permite fórmulas alternativas de pago, como una tarifa o *fee* de servicio, pago por tratamiento (o por paciente tratado) con la solución integrada adquirida, pago por resultado¹² y riesgo compartido (en las distintas modalidades que ya conocemos) o, pago por valor generado¹³ (ahorro futuro generado; costes evitados para el sistema tanto directos ligados a las menores intervenciones, como indirectos ligados a bajas laborales, discapacidades, etc.; o mejora de indicadores de salud de la población). Mecanismos que se pueden utilizar solos, combinados entre sí y manteniendo un determinado precio unitario por producto.

Cuando todos estos elementos están definidos y tenemos claro qué valor se quiere generar, cómo será medi-

Y es que concebir la prestación como un servicio o solución integrada permite fórmulas alternativas de pago, como una tarifa o *fee* de servicio, pago por tratamiento (o por paciente tratado) con la solución integrada adquirida, pago por resultado y riesgo compartido (en las distintas modalidades que ya conocemos) o, pago por valor generado...

do (resultados relevantes), qué solución ofrecemos junto al suministro del medicamento para crear ese valor y cómo será retribuido el conjunto, existe una propuesta de compra pública de valor. Nos queda por resolver ahora una sola pregunta: y esto es, ¿cómo se contrata bajo la LCSP?

3. ENCAJE LEGAL DE LA COMPRA PÚBLICA DE VALOR Y MECANISMOS QUE OFRECE LA LCSP

El punto de partida para dar respuesta a esta cuestión es necesariamente el artículo 99.3 de la LCSP, que establece como regla general que *“siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá prevalecer la realización independiente de cada una de sus partes”*. Se trata de una consecuencia lógica de los principios de libertad de acceso, igualdad y libre competencia que rigen en la contratación pública en virtud del artículo 1 de la LCSP. Como garantía de

esta regla general, el precepto citado obliga, también con carácter general, a dividir el contrato en lotes para permitir que estas distintas partes del contrato se puedan adjudicar a licitadores distintos.

No obstante, estas reglas generales admiten excepciones, que serán los mecanismos que, bien utilizados, permitirán vehicular un proyecto de compra pública de valor. Estos mecanismos son:

- Las **“mejoras”**, a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP.
- Los **“contratos mixtos”**, regulados en los artículos 18, 34.2 y 122.2 de la LCSP.
- La **“excepción a la obligación de dividir del contrato en lotes”**, prevista en el artículo 99 de la LCSP, en caso de que existan motivos válidos (luego veremos qué es lo que se entiende como tal).

No obstante, estas reglas generales admiten excepciones, que serán los mecanismos que, bien utilizados, permitirán vehicular un proyecto de compra pública de valor.

Lo primero será verificar en cada caso si procede utilizar alguna de estas figuras para configurar el contrato y su objeto. Estos mecanismos podrán utilizarse en cualquiera de los procedimientos establecidos en la Ley, sin limitación, desde el procedimiento abierto hasta el negociado sin publicidad según corresponda en cada caso (por ejemplo, por razones de exclusividad del producto).

A efectos de verificar la procedencia de unir prestaciones distintas en un mismo contrato y de determinar qué mecanismo puede utilizarse es necesario distinguir entre dos escenarios:

- (i) Cuando **las prestaciones que tratan de unirse tienen una naturaleza distinta**: es el caso de la unión del suministro de un medicamento, con un servicio. En este caso, el órgano de contratación puede optar por el mecanismo de las mejoras y/o de los contratos mixtos, lo que tendrá importantes consecuencias sobre cómo se aplican las reglas de división del contrato en lotes.
- (ii) Cuando **ambas prestaciones tienen la misma naturaleza**: se suministra un bien “principal” (el medicamento) y se entrega, además, otro producto complementario del anterior (por ejemplo, un accesorio que facilita su administración, o una app para el seguimiento del tratamiento). En este caso, se podrá recurrir también a las mejoras y se aplicarán sin matices las reglas de división del contrato en lotes.

Veamos como aplican estas figuras en ambos casos.

3.1. Contratación conjunta de prestaciones de naturaleza distinta

3.1.1. Las mejoras

Como veíamos, una de las opciones a considerar en este caso sería acudir al mecanismo de las “mejoras”. Según el artículo 145.7 de la LCSP se entiende por mejoras:

“(…) las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.”

Las mejoras pueden ser prestaciones de naturaleza distinta al objeto principal del contrato y su ofrecimiento será voluntario (el licitador no está obligado a ofrecerlas, pero si lo hace serán vinculantes para él). Si el órgano de contratación quiere obligar al licitador a ofrecer la prestación adicional en cuestión, éste no será el mecanismo válido.

Según su definición legal y la interpretación efectuada por los Tribunales Administrativos de Contratos del Sector Público¹⁴, los requisitos para que proceda valorar las mejoras son:

- Que guarden relación con el objeto del contrato (que supongan una mayor utilidad o rendimiento de la prestación principal, un valor añadido conectado con el momento en que se ejecuta la prestación principal o en que ésta surte efecto).
- Que no impliquen alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada.

- Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- Que se mencionen en los pliegos y los anuncios detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

El requisito de no alteración de la naturaleza y valor del contrato implica que lo que se pretenda ofrecer como mejora no puede tener un valor económico tal “que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato” (resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 12/2015 y 84/2015). Así, en la resolución del TACRC 592/2014 se consideró que se alteraban la naturaleza y valor del contrato si se entregaban tensiómetros electrónicos como mejora en un contrato cuyo objeto era el servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina.

En otras palabras, debe tratarse de una prestación realmente accesorio, de un valor económico sustancialmente menor al de ese suministro que constituye la prestación principal del contrato. En la práctica suelen proporcionarse de forma gratuita ya que su contrapartida sería una mayor puntuación en la valoración de la oferta.

Este alcance tan reducido nos lleva a concluir que este no será el mecanismo idóneo para canalizar grandes proyectos que realmente generen un valor de gran magnitud. Una solución integral del estilo de las que se plantean difícilmente tendrá un carácter marginal. Sin embargo, pueden ser interesante tenerlo presente para propuestas de menor calado, que puedan servir para diferenciar la oferta de una compañía respecto de la competencia y situar mejor sus pro-

ductos, reportando al mismo tiempo ciertas ventajas para el hospital o el paciente.

Como consecuencia de las limitaciones expuestas para que las mejoras operen como vehículos con los que canalizar la compra pública de valor, en el caso de prestaciones de distinta naturaleza, la figura de los contratos mixtos que seguidamente se analizará se convierte en el verdadero paradigma para la compra pública de valor.

3.1.2. Los contratos mixtos

Según el artículo 18 de la LCSP “se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase”. De este modo, cuando el órgano de contratación pretenda adquirir el suministro de un medicamento junto con determinados servicios, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 34.2 de la LCSP, que establece que:

“Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.”

La norma exige para fusionar prestaciones de distinta naturaleza que: (i) exista un vínculo entre ellas, de forma que sean complementarias las unas de las otras y; (ii) que este vínculo las convierta en una **“unidad funcio-**

nal” en el sentido de que funcionen conjuntamente para satisfacer la necesidad que pretende cubrirse mediante el contrato, o el fin institucional cuya consecución persigue. Si no se dan estas circunstancias no procederá la unión de las prestaciones, sea cual sea el procedimiento de adjudicación.

La verificación de estas circunstancias es altamente casuística. De hecho, la Directiva 2014/24/UE¹⁵ advierte que debe estarse a *“cada caso concreto”*, y que el poder adjudicador debe justificar con pruebas objetivas que precisa celebrar un único contrato.

Pese a ello, es posible extraer de la jurisprudencia de nuestros Tribunales y la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratos del Sector Público una serie de pautas y criterios a seguir a la hora de justificar la procedencia de acudir al contrato mixto.

En este sentido, debemos comenzar por citar la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2021 (recurso de casación 1889/2019) que, en palabras del propio Tribunal, versa sobre *“cuáles son los parámetros de legalidad de los contratos mixtos en los que se fusionan prestaciones de naturaleza dispar”*. En dicha sentencia se nos dice que para que exista unidad funcional en un contrato mixto es necesario que concurren:

- **“motivos técnicos** (que) *llevan a que se vea pertinente que prestaciones dispares las asuma un sólo adjudicatario”*;
- **“motivos económicos objetivos”** que impliquen que *“tal acumulación de prestaciones suponga una ventaja económica”*.

Uno de los elementos que cobrará vital importancia en la configuración de un contrato mixto será la definición de la necesidad a satisfacer con el contrato o el fin institucional de la Administración cuya consecución se persigue, el primer paso de todo expediente de contratación, del que depende luego el objeto del contrato. Una necesidad establecida en términos más restringidos, como el simple aprovisionamiento de un medicamento, hará más difícil justificar que existe esa unidad funcional. Por el contrario, una necesidad a cubrir que demande una solución integral, más compleja, allanará el camino.

Y, a estos efectos, conviene recordar que éste es un ámbito en el que rige la discrecionalidad técnica, de modo que el órgano de contratación goza de un amplio margen de libertad para decidir cuáles son sus necesidades y qué es lo que precisa contratar para satisfacerlas, sin que quepa sustituir la voluntad de la Administración contratante por el criterio propio¹⁶.

Partiendo de esta base, se han tomado en consideración por los Tribunales Administrativos de Contratos del Sector Público, como razones para inferir una vinculación técnica entre las prestaciones, que:

- Se persiga el objetivo de implantar un cambio de modelo de atención a los pacientes, *“evolucionando de una simple compra tradicional de material, a una compra innovadora de servicios integrales complementarios al tratamiento médico”*, que ofrezca *“una atención continuada”*, mejore la eficiencia de los servicios del hospital e implique la asunción de un “riesgo compartido” por el contratista en relación con la atención al paciente (pago por resultados). Resolución del Tribunal

Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) 195/2020, en la que avaló un contrato por el que se adquirirían marcapasos y material de explantación, soluciones y servicios para la monitorización remota, coordinación del seguimiento y control del paciente, activación del paciente mediante herramientas digitales y gestión del cambio.

- Se trate de prestaciones “complementarias y concatenadas entre sí” necesarias para garantizar el “funcionamiento continuado” de un servicio o unidad, sin interrupciones; habida cuenta de que una falta de coordinación entre distintos contratistas (de licitarse por separado) podría obstaculizar la correcta ejecución del contrato, poniendo en riesgo la posibilidad de proporcionar el tratamiento y, en definitiva, la satisfacción de la necesidad objeto del contrato. Resolución del TACRC 306/2020, en el que se había licitado un contrato mixto para el suministro de material fungible y el mantenimiento de equipos de la unidad de Hemodiálisis del Hospital Reina Sofía.
- Lo que pretenda el contrato no sea la mera adquisición de un bien y/o de un servicio, sino “atender a un concreto problema” que se le plantea a la Administración contratante. Que el objeto del contrato sea obtener una solución integral a ese problema. Lo entendió así el TACRC en su resolución 768/2020.
- Se contrate el suministro de material fungible para varias analíticas (principalmente reactivos), la cesión de uso de los equipos analizadores, los servicios de mantenimiento de los mismos y las obras de adecuación de los espacios donde deben ubicarse, pues tanto el mantenimiento como la

instalación y ubicación, se refieren a los equipos que se usarán para realizar las pruebas analíticas que precisan del material sanitario que constituye el objeto del suministro. Este es el caso de la resolución del TACRC 712/2021.

En cuanto a las ventajas económicas que, junto a esa relación de complementariedad técnica, justificarían la concurrencia de esa unidad funcional requerida para licitar un contrato mixto, se ha admitido:

- La asunción de un riesgo compartido por el contratista, mediante un pago por resultados (resolución del TCCSP 195/2020).
- Reducción de costes por el uso compartido de los medios de ejecución del contrato (resolución del TACRC 149/2014).
- La existencia de economías de escala (resolución del TACRC 262/2014).

Como puede observarse, entre otros motivos se admiten como justificación de la existencia de una unidad funcional, por la vertiente técnica, la

apuesta por un cambio de modelo de atención mediante la compra de una solución integral para el paciente y, desde la vertiente económica, la asunción de riesgos compartidos y el pago por resultados. Los tribunales avalan así el modelo de compra pública de valor.

Otro apunte importante respecto del contrato mixto es que todas las prestaciones que se incluyan en su objeto deben estar sujetas a valoración económica en el contrato. Aunque no se les asigne un precio específico, su valor deberá reflejarse de algún modo en el precio final del contrato (resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en adelante TACPCM) 199/2022.

3.1.3. El papel de la división en lotes en el contrato mixto

Tal como se ha comentado en apartados anteriores, el artículo 99 de la LCSP obliga como regla general a dividir el objeto del contrato en lotes. Sin embargo, la misma norma contempla la posibilidad, como excepción, de no efectuar tal división

Como puede observarse, entre otros motivos se admiten como justificación de la existencia de una unidad funcional, por la vertiente técnica, la apuesta por un cambio de modelo de atención mediante la compra de una solución integral para el paciente y, desde la vertiente económica, la asunción de riesgos compartidos y el pago por resultados. Los tribunales avalan así el modelo de compra pública de valor.

cuando existan motivos válidos para ello, debidamente justificados en el expediente.

Entre los motivos válidos que ha admitido la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratos Públicos, encontramos, precisamente, el hecho de estar ante un contrato mixto, en el que las prestaciones que se han vinculado constituyen una unidad funcional que sería absurdo romper. En esta línea, conviene destacar el acuerdo 21/2021 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), que resuelve el

ciones (es decir, cuando cada lote incluya ambas prestaciones).

En esta misma línea de proteger la unidad funcional y evitar su adjudicación separada apunta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de febrero de 2021 que antes citábamos cuando, al hablar de la vinculación técnica entre prestaciones, sostiene que:

*“(...) esos motivos técnicos llevan a que se vea pertinente que prestaciones dispares **las asuma un sólo adjudicatario**”.*

Según veíamos, la regla general sería la división del contrato en lotes, de modo que conforme a dicha regla cada artículo a suministrar (que conjuntamente configurarían el objeto del contrato) podría ser adjudicado por separado. No obstante, tal como se ha comentado anteriormente, esta regla general admite excepciones que permitirían adjudicar los distintos bienes objeto del contrato a un único licitador.

recurso interpuesto por FENIN contra un contrato mixto de suministro de material de hemodiálisis, mantenimiento de equipo y acondicionamiento de la unidad de hemodiálisis. Se concluye que la división del contrato mixto en lotes efectuada, que separaba las prestaciones, era un contrasentido que desvirtúa la unidad funcional que se buscaba y, que solo procederá dividir en lotes un contrato mixto, cuando ello no implique la desaparición de la vinculación directa o unidad funcional entre las presta-

3.2. Contratación conjunta de prestaciones de la misma naturaleza

En este escenario (suministro del medicamento + suministro de otro bien complementario, como un dispositivo, accesorio, o app), lógicamente ya no serán de aplicación las normas sobre contratos mixtos, pues todas las prestaciones tienen la misma naturaleza.

Las mejoras seguirían siendo un instrumento disponible. No obstante, da-

das las limitaciones de esta figura que ya se han analizado (la exigencia de que tenga un impacto económico residual y no altere la naturaleza de las prestaciones) será difícil utilizarlas para vehicular proyectos ambiciosos, de valor sustancial. Pese a ello, encontramos en la doctrina del TACRC algún ejemplo en el que se han avalado mejoras que permiten generar ciertas ventajas para el hospital (facilitando sus labores de gestión), y que pueden ser utilizadas para posicionar mejor una oferta en el mercado. Es el caso de la resolución del TACRC 84/2019, que acepta como mejora la entrega de equipos o sistemas que mejoran el control y la gestión del stock del producto.

Descartadas las mejoras como la mejor opción, el suministro de este elemento adicional mediante el que se pretenda crear valor deberá incluirse en el propio objeto del contrato. Ello, a diferencia del escenario anterior, no conducirá al contrato mixto, sino que supondrá la aplicación directa del artículo 99 de la LCSP y las reglas sobre división en lotes del contrato, esta vez sin matices.

Según veíamos, la regla general sería la división del contrato en lotes, de modo que conforme a dicha regla cada artículo a suministrar (que conjuntamente configurarían el objeto del contrato) podría ser adjudicado por separado. No obstante, tal como se ha comentado anteriormente, esta regla general admite excepciones que permitirían adjudicar los distintos bienes objeto del contrato a un único licitador.

Estas excepciones se basan en el concepto de “*motivos válidos*”. La propia Ley (artículo 99.3 de la LCSP) nos da una primera aproximación al significado de este concepto e identifica

dos supuestos en los que se entiende que concurren tales motivos: (i) que realizar de forma independiente ambas prestaciones implicase dificultades técnicas y; (ii) que se ponga en riesgo la correcta ejecución del contrato teniendo en cuenta la naturaleza de su objeto. Es importante destacar que no es una lista “*numerus clausus*” y pueden existir otros muchos motivos válidos.

En este sentido, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, identifica otro motivo válido más contemplado por la Directiva 2014/24/UE: “*que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato*”¹⁷.

Asimismo, los Tribunales Administrativos de Contratos Públicos han aceptado licitar en un mismo lote (o sin división de lotes):

- La cesión de los equipos necesarios para el uso de un producto, y otras prestaciones necesarias y complementarias para la consecución del fin a que se refiere el suministro. Resolución TACRC 180/2020.
- El suministro de contrastes, el suministro de equipos inyectoras de esos contrastes, así como de fungibles asociados (bombas inyectoras, alargaderas y jeringas), junto con el mantenimiento, reparación y actualización de estos equipos, al venir motivado por la necesidad de garantizar la compatibilidad de inyectores y fungibles con el producto. Resolución del TACRC 169/2020.
- El suministro en un mismo lote del material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis,

la cesión de los equipos necesarios para su realización, el mantenimiento de los equipos y la formación de los usuarios. Resolución del TACRC 577/2018.

- El suministro de material para terapia intensiva de insulina con bomba para el servicio de endocrinología con monitorización a domicilio, comprendiendo las bombas de insulina y sus kits de mantenimiento y soluciones técnicas necesarias para la monitorización a domicilio del paciente, ya que, aunque algunos de los elementos del contrato tengan sustantividad propia, su adjudicación conjunta es precisa para asegurar su efectividad. Resolución del TACPCM 509/2019.
- La apuesta por el modelo de gestión integral de todos los tipos residuos generados por el hospital, comprendiendo todas las fases de la gestión, debiendo realizarse de forma unificada y coordinada, ya que la empresa deberá aportar todos los medios, así como una metodología que deberá ser validada en su conjunto por el hospital, por lo que no tendría sentido la gestión separada de cada tipo de residuo con sistemas de trabajo distintos, ya que se desvirtuaría ese carácter integral de la gestión. Resolución del TACPCM 16/2018.
- El suministro de medicamentos de fluidoterapia y servicios logísticos de entrega en planta y control de stock (gestión de movimientos, trazabilidad...), ya que la dificultad que supondría tener que coordinar al personal de múltiples empresas dentro del hospital haría demasiado onerosa o difícil desde el punto de vista técnico la ejecución del contrato, siendo más eficaz la ejecución de las prestaciones por un

único contratista. Resolución TACPCM 171/2016.

- Contratar servicios de mantenimiento de aceleradores lineales y una gammacámara, que son equipos independientes ubicados en departamentos distintos de un hospital para ejercer funciones distintas, ya que las prestaciones están perfectamente encadenadas y existen razones de imposibilidad técnica de que varios operadores alcancen los resultados necesarios, existiendo requisitos específicos en materia de interoperatividad o de seguridad. Resolución del TACPCM 132/2021.

Si es posible justificar que concurren razones de este tipo, entonces habrá motivos válidos que permitirán licitar de forma conjunta el suministro de los distintos artículos que componen nuestro proyecto de compra pública de valor.

4. CONCLUSIÓN

La compra pública de valor no solo es recomendable para impulsar un cambio de paradigma en el modelo de atención al paciente, sino que también tiene un buen encaje en la normativa de contratos del sector público sin necesidad de reformas legislativas. Tan solo precisa de un uso distinto de los instrumentos que hoy en día tenemos. Los contratos mixtos y las reglas de configuración del objeto del contrato y la división en lotes, con sus excepciones, son mecanismos que, bien utilizados, dan cobertura a este tipo de proyectos. También conviene tener en el radar la figura de las mejoras para propuestas de un alcance más limitado que, aportando alguna ventaja para el hospital o el paciente, permitan diferenciar la oferta de una compañía (generando esa confluencia de intereses).

Lo que se requiere es la firme voluntad de todos los agentes implicados de apostar por este camino. Principalmente de nuestros gestores públicos, pues corresponde a los órganos de contratación impulsar los procedimientos de compra pública y serán ellos quienes deban optar por este modelo y configurar correctamente las licitaciones.

Pero también la de la industria, que deberá reflexionar acerca de qué valor puede generar y cómo, pero también ser capaz de trasladar sus propuestas al órgano de contratación con claridad, seguridad y fundamento, para romper esa barrera cultural del “*siempre se ha hecho así*”. Construir el proyecto partiendo de una sólida base legal será una de las claves para que pueda llegar a buen puerto y el cambio se haga realidad. ■

Santiago Tomás Pujol y Xavier Moliner Bernadés, son Abogados en Faus Moliner.

[1] Comunicación de la Comisión “*Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”.

[2] Comunicación COM(2021) 245 final, 20 de mayo de 2021, referida al informe «*Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior*».

[3] GIMENO FELIU, J.M., “*El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad*”, Revista General de Derecho Administrativo 59 (2022). También, GIMENO FELIU, J.M., “*La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad*”, Revista Economía Industrial núm. 415, 2020, pp. 89-97.

[4] GIMENO FELIU, J.M. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. “*Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*”. Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

[5] Vid. EFPIA “*White Paper on the Effectiveness of Public Procurement of Medicines in the EU*”, 2021.

[6] Comunicación CE “*Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación*” (2021/C 267/01).

[7] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante “**LCSP**”).

[8] Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante “**Directiva 2014/24/UE**”).

[9] *Contrato de suministro de vacunas sistemáticas y no sistemáticas del Calsalut (SA-2017-996)*, disponible en [Anuncis de licitació | Licitacions | Perfils de contractant | Plataforma electrònica de contractació pública \(gencat.cat\)](#).

[10] *Contrato de suministro de equipos desechables para intervenciones quirúrgicas para el Hosp. Univ. La Paz*. Disponible en [Equipos desechables para intervenciones quirúrgicas para el Hospital Universitario La Paz - Madrid.org - Portal de Contratación](#).

[11] *Contrato de suministro de sistema de monitorización de glucosa intersticial en pacientes con Diabetes Mellitus Tipo I A, para el Hosp. Univ. La Paz*. Disponible en [Suministro de sistema de monitorización de glucosa Intersticial - Madrid.org - Portal de Contratación](#).

[12] Véase como ejemplo la licitación del “*Proyecto Ritmocore*”, disponible en [Anuncis de licitació | Licitacions | Perfils de contractant | Plataforma electrònica de contractació pública \(gencat.cat\)](#).

[13] Véase como ejemplo la licitación del “*Contrato mixto relativo al abordaje integral del paciente con arritmias del Hospital Universitario de Bellvitge con la implementación de soluciones digitales innovadoras, incluyendo la reordenación de espacios para la actividad intervencionista de la unidad y las obras de adecuación de los mismos*”. Disponible en [Anuncis de licitació | Licitacions | Perfils de contractant | Plataforma electrònica de contractació pública \(gencat.cat\)](#).

[14] Por ejemplo, resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 592/2014 y 1144/2018.

[15] Considerando número 11.

[16] Resoluciones del TACRC 756/2014, 156/2013 y 194/2013.

[17] Nota Informativa 2/2014, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.