

Recurso 461/2021
Resolución 126/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ANDALUZAS DE NEFROLOGÍA (AEAN)** contra la resolución del órgano de contratación de desistimiento parcial del expediente PA 305-2019 para la contratación denominada “Servicios de hemodiálisis en centros externos de diálisis, diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de alto y bajo volumen, opciones complementarias, hemodiálisis en domicilio con máquina de los centros de la plataforma logística sanitaria de Sevilla” (lotes 8 y 9) promovido por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de agosto de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto, y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante en la fecha referida. Posteriormente, el día 26 de agosto de 2021 se publica una actualización para incluir los anexos XIV y XV. El valor estimado asciende a 123.282.789,79 €.

La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. Con fecha 8 de septiembre de 2021 la Asociación recurrente interpuso recurso especial frente al anuncio de licitación publicado en el perfil del contratante y contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el presente procedimiento, que dio lugar al recurso 417/2021 que está pendiente de resolución en este Tribunal.

Conviene indicar que, además de la recurrente, han interpuesto recurso especial frente a los pliegos que rigen el presente procedimiento las siguientes entidades: FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA S.A (Recurso 415/2021); BAXTER, S.L (Recurso 416/2021) y DIAVERUM SERVICIOS RENALES, S.L (Recurso 418/2021) por lo que la Secretaría del Tribunal confirió un trámite común de alegaciones a los restantes licitadores, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso. No consta que se hayan presentado alegaciones.



TERCERO.- El día 17 de septiembre de 2021 se dicta Resolución del órgano de contratación por la que se acuerda, al amparo del artículo 152 de la LCSP, el desistimiento parcial del expediente PA 305-2019 para la contratación denominada “Servicios de hemodiálisis en centros externos de diálisis, diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de alto y bajo volumen, opciones complementarias, hemodiálisis en domicilio con máquina de los centros de la plataforma logística sanitaria de Sevilla” (lotes 8 y 9). El desistimiento parcial se motiva en el error producido en el precio fijado para las tarifas de los lotes referidos, inferior al establecido en la Orden de 31 de octubre de 2005 de la Consejería de Salud por la que se actualizan las condiciones económicas aplicables a los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andaluz de Salud para el año 2005, y las compensaciones a pacientes por determinados tratamientos domiciliarios.

La citada Resolución indica que, al haber sido publicada en el DOUE la licitación y en el perfil de contratante con fecha 18 de agosto de 2021, y finalizando el plazo de presentación de ofertas el 22 de septiembre de 2021, se le va a dar la misma publicidad, sirviendo ello como notificación del desistimiento al licitador.

El 23 de septiembre de 2021, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO.- Con fecha 8 de octubre de 2021 AEAN formula “alegaciones complementarias” al recurso 417/2021 contra el anuncio de licitación y pliegos del procedimiento de contratación, tras la resolución de fecha 17 de septiembre de 2021 del órgano de contratación por la que se acuerda el desistimiento parcial del expediente de contratación, con relación a los lotes 8 y 9. Dichas alegaciones, cuyo objeto es la impugnación de la citada resolución de desistimiento parcial, dieron lugar al presente recurso que se ha tramitado ante este Tribunal con el número 461/2021.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de fecha 11 de octubre de 2021 se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, e indicando que el expediente de contratación había sido objeto de los recursos especiales que anteriormente se han indicado. Dicha documentación fue posteriormente recibida en este Órgano.

Con fecha 28 de diciembre de 2021 el órgano de contratación emite informe al recurso, argumentando la justificación del desistimiento parcial acordado, e insistiendo en que fue la vía procedimental correcta por entender que no procedía la retroacción de actuaciones ni la ampliación de los plazos de licitación, en el momento procedimental en que se advirtió el error. El órgano de contratación añade que el desistimiento parcial no afectaba al objeto de los demás lotes, por tener autonomía y sustantividad propias, como contratos independientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial. Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

(...) En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 83/2017, 2 de mayo y 214/2017, de 23 de octubre, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo. A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negarles la legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, el artículo 6 de los Estatutos de AEAN establece, entre sus fines, *“la representación, coordinación, gestión, fomento y defensa de los intereses científicos, económicos, sociales y empresariales de sus miembros, así como los individuales de cada asociado que lo solicite al órgano de gobierno competente”* y su artículo 7 dispone que *“podrá comparecer ante toda clase de autoridades, organismos, Juzgados y Tribunales, Entidades y Corporaciones Públicas, así como relacionarse directamente con ellas para la realización de actividades y funciones, que legal o estatutariamente, le sean propias (...)”*.

En este sentido, AEAN impugna la resolución de desistimiento parcial del expediente de licitación para la contratación del servicio que nos ocupa, al considerar que el desistimiento parcial acordado implica una modificación sustancial del objeto del contrato que incide en las restantes ofertas presentadas y perjudica los intereses generales de sus asociados, por alterar gravemente las condiciones de la licitación, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la Asociación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

Es objeto de impugnación el desistimiento parcial con relación a los lotes 8 y 9 del procedimiento de adjudicación de un contrato calificado de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c). En este sentido, el desistimiento, si bien, en este caso, es parcial, es asimilable a la adjudicación, como acto finalizador del procedimiento, a los solos efectos del recurso especial, como reiteradamente viene reconociendo este Tribunal (v.g. Resolución 196/2020, de 4 de junio).



CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 g) de la LCSP establece que: “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional decimoquinta.*”

Asimismo, la disposición adicional decimoquinta del citado texto legal, en su apartado 1, establece que “*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.*”

En el supuesto analizado, el desistimiento parcial del procedimiento fue publicado en el perfil de contratante el 17 de septiembre de 2021, indicándose en la Resolución de desistimiento que dicha publicidad serviría a efectos de notificación al interesado, sin que conste en el expediente la notificación a la entidad recurrente que no tenía la condición de licitadora en el procedimiento. En cualquier caso, el recurso especial presentado en el registro electrónico del Tribunal el 8 de octubre de 2021 se habría interpuesto en el plazo legal señalado, aun cuando computáramos el mismo desde la fecha de publicación en el perfil.

QUINTO. Alegaciones de la asociación recurrente y del órgano de contratación.

1.- Alegaciones de la asociación recurrente.

Lo primero que hay que indicar es que AEAN no cuestiona en su escrito la concurrencia de la infracción en la que el órgano de contratación fundamenta la decisión de desistimiento parcial, ni el hecho de que se trate, a su juicio, de una infracción no subsanable. Lo que verdaderamente combate es que el desistimiento pueda ser parcial y limitarse únicamente a los lotes 8 y 9 del servicio de hemodiálisis en centro externo, entendiendo que el desistimiento debió ser acordado, en su caso, respecto de la totalidad de los lotes que configuran aquél, y debiera haber determinado la anulación de la licitación respecto de los lotes 1 al 9.

En su escrito desarrolla la argumentación sobre la que articula la impugnación del desistimiento parcial y la pretensión de que se anule la licitación, con fundamento en los siguientes motivos:

En primer lugar, considera que el desistimiento implica una modificación sustancial del objeto del contrato, que incide directamente en las ofertas de los lotes 1 al 7, por lo que debieron retrotraerse, a su juicio, las actuaciones hasta el momento de aprobación de los pliegos, con nuevo anuncio de licitación y como mínimo, ampliación del plazo de presentación de proposiciones.

Para la asociación recurrente, la infracción cometida, originada por el error en la fijación de las tarifas, no podía tramitarse como una mera corrección de errores, sino que hubiera exigido la anulación de los pliegos de la licitación con retroacción de actuaciones para una nueva redacción de aquéllos libres de tales vicios, en aplicación de lo previsto en los artículos 122, 124 y 136 de la LCSP.



Así, considera que el desistimiento de dos lotes, dentro de la configuración del objeto del contrato, ha supuesto un cambio en aquél, y por ende, una modificación de los pliegos, que habría de ser calificada como significativa en todo caso. Argumenta que la supresión de los dos lotes, 8 y 9, no solo supone una disminución del objeto del contrato, sino que incide de manera sustancial en las condiciones de la licitación, y tiene una consecuencia trascendental ya que los licitadores configuraron sus ofertas bajo la premisa de que existían esos nueve lotes, que cubrían y abarcaban todos los ámbitos territoriales y de la población de la provincia de Sevilla, y de conformidad con esa configuración del objeto contractual de la licitación, analizaron cada uno de ellos sus condiciones de solvencia, los centros que podían ofertar, la cercanía de los mismos a los municipios, los criterios de adjudicación y valoración, y en función de todo ello, presentaron sus ofertas.

Como segunda alegación que formula la recurrente, y que pivota sobre la misma pretensión de anulación de la licitación, esgrime que el desistimiento parcial ha alterado las condiciones esenciales de la licitación con relación a la solvencia económica exigida para participar, puesto que el hecho de la desaparición o supresión de los dos lotes, de manera sobrevenida, supone una modificación esencial que habría influido en la decisión del potencial licitador a la hora de seleccionar a qué lotes concurrir en función de la solvencia económica poseída.

En definitiva, considera que es notorio que, si las empresas que prepararon sus ofertas a los lotes 8 y 9 hubiesen podido conocer con suficiente antelación que esos lotes no iban a adjudicarse, habrían tomado decisiones sustancialmente diferentes.

Idéntico razonamiento efectúa tomando en consideración el criterio de la ubicación del centro, determinante a la hora de preparar la oferta, que además se configuraba en los pliegos como criterio de adjudicación. Así, alega que el requerimiento de que el centro ofertado cuente con autorización de instalación y funcionamiento como establecimiento sanitario según la normativa de aplicación, y por ende, la disponibilidad de un centro de tales características se configura como un elemento decisivo a la hora de configurar las ofertas, lo que impedía que, suprimidos los lotes 8 y 9, un licitador pudiera improvisar una oferta en apenas tres días que restaban para la finalización del plazo de presentación de proposiciones.

En definitiva, considera que el desistimiento parcial no ha sido una actuación inocua, sino que, por el contrario, ha tenido una repercusión trascendental en las condiciones de la licitación, en las reglas de la capacidad para la admisibilidad de las ofertas, y ha supuesto una vulneración de los principios de concurrencia. Invoca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 24 de abril de 2004, Asunto C-496/99P que pone el acento en considerar sustancial una modificación del contrato cuando habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

Finalmente, la recurrente considera que el desistimiento parcial acordado por el órgano de contratación ha alterado la decisión de participar en la licitación, la selección de los lotes a los que podrían participar en atención a las condiciones de solvencia, y la disponibilidad de centros sanitarios en alguno de los municipios incluidos en los lotes suprimidos, solicita la anulación de la convocatoria y pliegos, y en definitiva, de la licitación en cuanto a los lotes 1 a 9.

2.- Alegaciones del órgano de contratación.-

Por lo que respecta al órgano de contratación, puntualiza, en primer lugar, que no es cuestión controvertida la infracción sobre la que el órgano de contratación fundamenta su decisión de desistimiento, ni el hecho de que la infracción advertida fuese una infracción insubsanable.



A continuación, combate los motivos esgrimidos por la asociación recurrente invocando que la fijación de tarifas inferiores a las establecidas en la Orden se produjo como consecuencia de un error material, de hecho o aritmético, cumpliéndose lo establecido en el artículo 122 de la LCSP, y por tanto, considera que el desistimiento encuentra acomodo legal en los artículos 122 y 152.2 de la LCSP, por tratarse de un error material y por haberse producido el desistimiento antes de la adjudicación del contrato.

Con relación a la necesidad alegada por la parte recurrente de haber retrotraído las actuaciones o haber ampliado el plazo de presentación de proposiciones, con fundamento en el artículo 136 de la LCSP, entiende que dicho precepto se refiere a una modificación y no a un desistimiento. Así, argumenta que, al tratarse de un contrato dividido en lotes, estos tienen autonomía y sustantividad propia, siendo cada uno, susceptible de adjudicación independiente, y que el desistimiento no altera las condiciones de adjudicación de los restantes lotes por sus características, por lo que, a su juicio, carece de sentido retrotraer las actuaciones para dar publicidad a unos pliegos que los operadores jurídicos ya conocen.

Invoca, asimismo, el artículo 49.2 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para fundamentar que el desistimiento de unos lotes no afecta a los restantes lotes que son independientes entre sí, al igual que no se comunica la nulidad o anulabilidad de una parte del acto administrativo a las restantes partes, puesto que entiende que cada lote tiene autonomía propia dentro del pliego.

En su argumentario, refuerza el carácter independiente de cada lote dentro de la licitación con fundamento en distintos apartados del pliego, señalando el apartado 5.4 del cuadro resumen donde se justifica la independencia de los lotes al motivar la división del objeto contractual, en función de la procedencia geográfica del paciente y la zona básica de salud a la que está adscrito. También se refiere al apartado 14.1 del cuadro resumen que establece la imposibilidad de presentar oferta integradora por todos los lotes.

Finalmente, combate las alegaciones efectuadas por la recurrente indicando que, conforme a lo establecido en la cláusula 2.1.11 del pliego, no se limitaba el número máximo de lotes a los que cada licitador podía presentar oferta, y sólo se limitaba a tres el número máximo de lotes que podrían adjudicarse para los lotes 1 al 9. De lo anterior infiere que, en ningún momento, se ha limitado la posibilidad del licitador de concurrir al resto de los lotes, por lo que, en su opinión, si un licitador no ofertó a otros lotes obedecería a circunstancias ajenas al órgano de contratación o a la propia licitación en sí misma, sin que por ello pueda entenderse menoscabado el derecho de la recurrente ni las posibilidades de adjudicación, ni el principio de transparencia. Finaliza afirmando que no afecta a ello el requisito de la solvencia económica ya que -tal y como señala el órgano en su informe- *“podía haber buscado operadores externos para concurrir, no presuponiendo como segura una adjudicación a la que concurren otros operadores jurídicos”* (sic).

SEXTO.- Consideraciones del Tribunal.-

Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, conviene indicar que la asociación recurrente, tal y como se ha indicado en los antecedentes, había interpuesto, con carácter previo, el recurso 417/2021 frente al anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento abierto para la contratación del servicio de hemodiálisis en centros externos de diálisis, diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de alto y bajo volumen, opciones complementarias, hemodiálisis en domicilio con máquina de los centros de la plataforma logística sanitaria de Sevilla. Dicho recurso -pendiente de resolución en este Tribunal- se circunscribía a los lotes 1 al 9 del servicios de hemodiálisis en centros externos, y en el suplico la asociación solicitaba la



anulación de la convocatoria, pliegos, resolución de rectificación de errores, actas de consultas y aclaraciones y, en suma, la anulación de la licitación en cuanto a dichos lotes.

Lo primero que hay que señalar es que, a la vista de lo indicado en los antecedentes y de la exposición de las posturas de ambas partes, se infiere que la suerte del recurso 417/2021, en la medida que AEAN solicita en aquél la anulación de la licitación, por los motivos en aquél esgrimidos, depende del resultado de éste. Así, una eventual desestimación del presente recurso, por entender correcto el desistimiento parcial acordado, obligaría a entrar, en su caso, en el análisis de los motivos de fondo alegados frente al pliego, únicamente con relación a los lotes 1 al 7 que quedaran subsistentes, mientras que por el contrario, una eventual estimación del presente recurso, obligaría a anular, en primer lugar, la resolución de desistimiento parcial y por ende, la anulación de la citada resolución arrastraría como consecuencia, la anulación de la licitación y de los pliegos puesto que, una vez expirado el plazo de presentación de las ofertas, ya no resultaría posible “reintroducir” en los pliegos originarios los lotes 8 y 9 con las modificaciones oportunas. Algo que, por el contrario, y como vamos a analizar, a continuación, se hubiera subsanado acudiendo a la vía del artículo 136.2 de la LCSP.

Una vez expuesto lo anterior, abordamos, a continuación la cuestión de fondo que se circunscribe a determinar la conformidad a derecho del desistimiento parcial acordado por el órgano de contratación, que es el objeto de enjuiciamiento en el presente recurso, dada la naturaleza revisora de este Tribunal.

Antes de nada, y con finalidad clarificadora, resulta ilustrativo indicar que la configuración del objeto contractual establecido en el PCAP para el servicio de hemodiálisis en centros externos de diálisis, diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de alto y bajo volumen, opciones complementarias, hemodiálisis en domicilio con máquina, de los centros de la plataforma logística sanitaria de Sevilla establecía la división en los lotes y agrupaciones de lotes que se describen en la cláusula 2.1.6 en los siguientes términos:

“Los servicios objeto de esta contratación podrán ser ofertados, conforme se recoge en el apartado 5.2 del cuadro resumen, por los lotes y agrupaciones de lotes siguientes:

- *Lote 1: Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes-ZBS de Castilleja de la Cuesta, Brenes, Sanlúcar la Mayor, Olivares, Camas, Santa Olalla de Cala, Guillena, Alcalá del Río, La Algaba, La Rinconada, Distritos municipales Norte, Triana y Los Remedios*
- *Lote 2: Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: 521- 780 sesiones de tratamiento al mes-ZBS de La Luisiana, Cazalla de la Sierra, Constantina, Cantillana, Lora del Río y Carmona.*
- *Lote 3: Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes-ZBS de Arahál, Los Alcores, Alcalá de Guadaíra y Dos Hermanas.*
- *Lote 4: Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes-ZBS de Écija, Marchena, Osuna, Estepa, Puebla de Cazalla y El Saucejo.*
- *Lote 5: Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes-ZBS de Mairena del Aljarafe, San Juan de Aznalfarache, Coria del Río, Pilas y Tomares.*
- *Lote 6: Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes-ZBS de Lebrija, Las Cabezas de San Juan, Los Palacios y Villafranca, Utrera, Morón y Montellano.*
- *Lote 7: Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes-Distritos municipales Sur y Palmera-Bellavista, de Sevilla.*
- *Lote 8: Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes-Distritos municipales Casco Antiguo, San Pablo-Santa Justa, Nervión, de Sevilla.*



• *Lote 9. Club diálisis: Hemodiálisis incluyendo suplemento de bicarbonato: más de 780 sesiones de tratamiento al mes-Distritos municipales Este-Alcosa-Torreblanca, Cerro-Amate, Nervión, de Sevilla.*

• *Agrupación 1: Modalidades de diálisis domiciliaria que usan solamente suplemento de bicarbonato. Compuesta de los siguientes lotes:*

• *Lote 10. Diálisis domiciliaria: Diálisis peritoneal continua ambulatoria con asistencia sanitaria-DPCA.*

• *Lote 11. Diálisis domiciliaria: Diálisis peritoneal automatizada con asistencia sanitaria-Con cicladora (DPA), de volumen superior a 15 litros/día.*

• *Lote 12. Diálisis domiciliaria: Diálisis peritoneal automatizada con asistencia sanitaria-Con cicladora (DPA), de volumen inferior a 15 litros/día.*

Y la siguiente opción complementaria:

• *Lote 13. Suplementos para diálisis-Suplemento bicarbonato.*

• *Agrupación 2: Modalidades de diálisis domiciliaria que usan suplemento de poliglucosa, usen o no, además, bicarbonato.*

Compuesta de los siguientes cinco lotes:

• *Lote 14. Diálisis domiciliaria: Diálisis peritoneal continua ambulatoria con asistencia sanitaria- DPCA.*

• *Lote 15. Diálisis domiciliaria: Diálisis peritoneal automatizada con asistencia sanitaria-Con cicladora (DPA), de volumen superior a 15 litros/día.*

• *Lote 16. Diálisis domiciliaria: Diálisis peritoneal automatizada con asistencia sanitaria-Con cicladora (DPA), de volumen inferior a 15 litros/día.*

Y las siguientes opciones complementarias:

• *Lote 17. Suplementos para diálisis-Suplemento poliglucosa.*

• *Lote 18. Suplementos para diálisis-Suplemento bicarbonato.”*

Conviene tener presente que AEAN en el recurso 417/2021 impugna la convocatoria de la licitación y los pliegos con relación a los lotes 1 al 9 del servicio de hemodiálisis en centros externos.

Una vez expuesto lo anterior, a la vista de las posturas de ambas partes, procede, analizar, en primer lugar, la naturaleza de la infracción cometida por el órgano de contratación, a fin de determinar si fue o no correcta la vía procedimental escogida para subsanarla. Por otro, habremos de analizar si es viable o no el desistimiento parcial de la licitación acordado por el órgano de contratación, a la vista de la configuración del concreto objeto contractual definido en el pliego, sin perjuicio de que la cuestión haya de abordarse, de manera paralela, desde el plano teórico-conceptual.

Comenzando por la primera cuestión, como ya se ha indicado, la justificación del desistimiento parcial se basó en el error advertido en las tarifas de las sesiones para los lotes 8 y 9, que figuraban en el apartado 8.1.3 del cuadro resumen del pliego. Dichas tarifas para cada una de las sesiones de hemodiálisis figuraban con un precio, 131,122714 euros, inferior al precio fijado por la Orden de 31 de octubre de la Consejería de Salud, 133,324076 euros.

Según la resolución de desistimiento, dicho error, al afectar al cálculo del presupuesto de licitación, era no subsanable, y por ello se consideró necesario acordar el desistimiento parcial del procedimiento de adjudicación, al amparo del artículo 152 de la LCSP, a fin de evitar la afectación de los principios inspiradores del procedimiento de contratación administrativa. Dicho argumento es reforzado por el órgano de contratación en su



informe al recurso, si bien, en lo que parece ser una contradicción interna en la argumentación que desarrolla, califica el error de hecho, material o aritmético, para invocar, a continuación, el artículo 152 que, en su apartado cuarto, exige sin ambages que el desistimiento esté fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación.

Por su parte, la asociación recurrente no cuestiona la calificación del error como insubsanable por lo que la naturaleza o entidad de la infracción que dio origen al desistimiento no es cuestión controvertida por las partes. Ahora bien, mientras la asociación recurrente considera que el desistimiento parcial alteró las condiciones de la licitación de tal manera que habría indefectiblemente que proceder a la retroacción de actuaciones para corregir los vicios de los pliegos y convocar nuevamente la licitación, el órgano de contratación insiste que el desistimiento de unos lotes no afecta a lotes que son independientes entre sí, no procediendo la retroacción de actuaciones, ni el otorgamiento de un nuevo plazo de presentación de proposiciones.

Pues bien, este Tribunal, tras el análisis efectuado, considera que el error en la fijación de las tarifas para las sesiones de hemodiálisis, a diferencia de lo que consideran las partes, y este dato es esencial, era un error subsanable puesto que, a pesar de que, por su entidad, determinaba una modificación significativa del pliego, al afectar al importe de la tarifa, pudo perfectamente subsanarse por la vía del artículo 136.2 de la LCSP, dado el momento procedimental en que fue advertido, cuando aun no había expirado el plazo de presentación de proposiciones.

En efecto, el citado precepto establece lo siguiente:

“Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, asimismo, en el caso en que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124.

En todo caso se considerará modificación significativa de los pliegos la que afecte a:

- a) La clasificación requerida.*
- b) El importe y plazo del contrato.*
- c) Las obligaciones del adjudicatario.*
- d) Al cambio o variación del objeto del contrato.”*

El órgano de contratación alega que, tras detectar el error, se consideró necesario acordar el desistimiento parcial, a fin de preservar los principios que han de inspirar el procedimiento de contratación administrativa, y tratándose la modificación de la tarifa de un error no subsanable.

Sin embargo, hemos de tener presente que el plazo de presentación de proposiciones no había finalizado cuando el 17 de septiembre de 2021 se dicta la resolución de desistimiento parcial, por lo que, este Tribunal considera que el error detectado debió haberse subsanado por la vía del artículo 136. 2 de la LCSP, prevista -como ha sostenido ya este Tribunal en otras ocasiones- para aquellos casos en que procede ampliar el plazo inicial de presentación de ofertas cuando dicho plazo está todavía en vigor y se dan las circunstancias descritas en dicho precepto, pero no para cuando aquel ya ha finalizado, lo que no sucedía en el caso analizado.(v.g Resolución de este Tribunal 62/2021).

Concurrían por tanto, a juicio de este Tribunal, las condiciones sustantivas y temporales, requeridas por el artículo 136.2 de la LCSP que hubieran permitido perfectamente corregir la infracción o el error detectado,



mediante una modificación del pliego, y en concreto, una corrección del precio de las tarifas para los lotes afectados por el error, y la concesión de una ampliación del plazo de presentación de proposiciones, que en aquel momento aún no había finalizado y era posible. Ha de censurarse al órgano de contratación que, en lugar de utilizar esta vía, acudiera a un desistimiento parcial del procedimiento de licitación que abocó, tal y como defiende la recurrente, a una modificación sustancial de las condiciones de la licitación, que evidencia la inviabilidad de que perviva el resto del procedimiento de licitación, una vez suprimidos los lotes 8 y 9, según expondremos a continuación.

Efectivamente, el objeto del contrato aparece definido en la cláusula 2.1.2 del pliego y es el servicio de hemodiálisis en centros externos de diálisis, diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de alto y bajo volumen, opciones complementarias, hemodiálisis en domicilio con máquina, de los centros de la plataforma logística sanitaria de Sevilla.

85111900-9 Servicios de diálisis en el hospital

85141211-1 Servicios de tratamiento médico de diálisis a domicilio.

La cláusula 2.1.6 prevé la división en lotes con el contenido que anteriormente hemos reproducido.

Consideramos que la división en lotes del objeto contractual, que el artículo 99 de la LCSP prevé como regla general para facilitar el acceso a la licitación de las pequeñas y medianas empresas, no afecta al carácter inescindible del objeto contractual como un todo, ni a la unicidad del procedimiento de adjudicación. Y nada tiene que ver que los diversos lotes en que se divide el objeto contractual del servicio de hemodiálisis sean susceptibles de adjudicación independiente, tesis en la que pretende ampararse el órgano de contratación.

Como alega la asociación recurrente, con invocación de la Sentencia del TJUE de 24 de abril de 2004, no cabe duda de que el desistimiento parcial ha afectado a las condiciones de la licitación de tal manera que, de haber tenido conocimiento de ello, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

Así, ello se pone de manifiesto en el hecho de que los licitadores prepararon y presentaron sus ofertas bajo la premisa inicial, que se vio después alterada, de que existían esos nueve lotes, que abarcaban los ámbitos territoriales y de población de la provincia de Sevilla. De conformidad con esa configuración inicial del objeto contractual de la licitación, analizaron sus condiciones de solvencia, los centros que podían ofertar, la cercanía de los mismos a los municipios, los criterios de adjudicación y valoración, y en función de todo ello, presentaron sus ofertas.

A título ejemplificativo, del listado de licitadores obrante en la documentación remitida por el órgano de contratación, resulta que la entidad DIÁLISIS ANDALUZA, S.L presentó oferta a los lotes 6 y 9 cuyo contenido damos por reproducido a fin de evitar reiteraciones innecesarias. Resulta incuestionable que el desistimiento parcial, con la desaparición del lote 9 afectó a las condiciones de la licitación puesto que, de haber tenido conocimiento ese licitador de la supresión ulterior del lote, podría haber presentado una oferta sustancialmente diferente. Máxime si tenemos presente que, entre los criterios de adjudicación previstos en el Anexo I.1 del cuadro resumen del pliego específicamente para los lotes n.º 1 al 9 servicios de hemodiálisis en centros externos de la plataforma logística sanitaria de Sevilla, y en concreto dentro de los criterios de evaluación automática, criterio 1 “*Características de las instalaciones y equipamiento y ampliaciones y mejoras del programa de tratamiento de los pacientes*”; se puntuaba con 9 puntos la siguiente característica:



“PROXIMIDAD DEL CENTRO DE DIÁLISIS AL DOMICILIO DEL USUARIO

La oferta incluye un Centro de Diálisis en alguno de los municipios incluidos en el lote correspondiente:

- Incluye: 9 puntos.

- No incluye: 0 puntos.”

Por ello, la solución que debió adoptar el órgano de contratación, cuando detectó el error en los pliegos, debió haber sido la corrección de la tarifa al amparo del artículo 136.2 de la LCSP, en lugar de acudir a un desistimiento parcial de dos lotes con repercusión trascendental sobre las condiciones del resto de la licitación y sobre la unidad del procedimiento de adjudicación.

Desde un plano teórico-conceptual, a juicio de este Tribunal, la inviabilidad del desistimiento parcial encuentra también su fundamento en el artículo 152 de la LCSP que anuda el ejercicio de esa facultad reglada de la Administración a causas establecidas y no de oportunidad, por la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación que haga imposible continuar con la licitación. En todo momento, el precepto se refiere al desistimiento del procedimiento de adjudicación, como una unidad, previendo como consecuencia la compensación a los licitadores de los gastos en que hubieran podido incurrir y de manera expresa, que, en el caso del desistimiento, ello no impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento de licitación. Asimismo, y de conformidad con el precepto legal antes señalado, una vez apreciada esa infracción no subsanable en el seno de una licitación pública, el desistimiento podrá acordarse cualquiera que sea el estado en que se encuentre el procedimiento, incluso aunque el contrato se haya adjudicado, toda vez que su único límite temporal es la formalización del mismo.

Como conclusión, por tanto, entendemos que el desistimiento parcial acordado por el órgano de contratación ha supuesto la supresión o eliminación de dos lotes del objeto contractual que conformaba un todo inescindible, afectando, de manera sustancial, a las condiciones de la licitación y a la decisión de los licitadores de configurar su oferta, por lo que no es conforme a derecho.

El motivo debe, pues, ser estimado.

Con base en las consideraciones realizadas en el cuerpo de esta resolución el recurso debe ser estimado, lo que conlleva la anulación del desistimiento parcial y por ende, la de la licitación y de los propios pliegos junto a los demás actos del expediente relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ANDALUZAS DE NEFROLOGÍA (AEAN)** contra la resolución del órgano de contratación de desistimiento parcial del expediente PA 305-2019 para la contratación denominada “Servicios de hemodiálisis en centros externos de diálisis, diálisis peritoneal ambulatoria continua y diálisis peritoneal domiciliaria con cicladora de alto y bajo volumen, opciones complementarias, hemodiálisis en domicilio con máquina de los centros de la plataforma logística sanitaria de Sevilla” (lotes 8 y 9) promovido por el Hospital Universitario Virgen del Rocio de Sevilla,



adscrito al Servicio Andaluz de Salud y anular la resolución de desistimiento parcial, la licitación y los propios pliegos junto a los demás actos del expediente relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 23 de septiembre de 2021.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

