



Recurso nº 1494/2019

Resolución nº 84/2020

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

En Madrid, a 23 de enero de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.A.C., en nombre y representación de AVERICUM, S.L.U. contra los pliegos que han de regir el contrato de *“servicio de hemodiálisis ambulatoria extra hospitalaria y peritoneal domiciliaria en Ceuta a pacientes a los que el INGESA tenga el deber legal o convencional de atender”*, con expediente P.A. 13/2019, convocado por la Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 13 de agosto de 2019 el Gerente de atención sanitaria del INGESA (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria de Ceuta) realiza propuesta e informe de necesidad para contratar servicios de hemodiálisis ambulatoria extra hospitalaria y peritoneal domiciliaria habida cuenta de la próxima expiración del anterior contrato y sus prórrogas

Segundo. En fecha 12 de septiembre de 2019 se firma informe favorable por la subdirectora General de Atención Sanitaria a la vista de la propuesta remitida, autorizándose por el Subsecretario de Sanidad Consumo y Bienestar Social dicha contratación en fecha 22 de octubre de 2019.

Tercero. En fecha 29 de octubre de 2019 se acuerda por el Gerente de atención sanitaria la orden de inicio del expediente de contratación, aprobándose el expediente e iniciándose el procedimiento de adjudicación y los pliegos que han de regir dicha contratación.



Cuarto. El 31 de octubre de 2019 se publica en el DOUE anuncio de la licitación que nos ocupa, por procedimiento abierto, plazo de duración de 3 años con posibilidad de prórroga otros dos años más con un importe de 6.337.350 y un valor estimado total de 10.562.250. En la misma fecha se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el BOE el 14 de noviembre de 2019. Los pliegos completos se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 5 de noviembre de 2019

Quinto. En fecha 14 de noviembre se realiza una corrección de erro material en el PPT publicándose dicha corrección en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 15 de noviembre de 2019.

Sexto. En fecha 20 de noviembre se formulan preguntas por la mercantil RTS servicios de diálisis respondiéndose en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de noviembre de 2019.

Séptimo. En fecha 22 de noviembre se presenta recurso especial en materia de contratación por la empresa AVERICUM, S.L.U

Octavo. En fecha 29 de noviembre de 2019 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público nueva corrección de errores del PPT, ampliándose entonces el plazo para la presentación de ofertas hasta el 12 de diciembre de 2019.

Noveno. El 2 de diciembre de 2019, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

Noveno. En fecha 5 de diciembre de 2019 la Secretaria General del tribunal, por delegación de éste, resuelve suspender provisionalmente el procedimiento de contratación hasta el momento que se dicte la resolución del recurso.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a LCSP:

«a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros».

El acto recurrido es el Pliego de Cláusulas Administrativas recurrible conforme el artículo 44.2.a) LCSP.

Tercero. En cuanto a la legitimación, debe reconocérsele legitimación al recurrente toda vez que se trata de una empresa en cuyo objeto social puede incardinarse el servicio que nos ocupa a la vista de sus estatutos sociales aportados.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir art. 50 del LCSP

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se impugnan los pliegos por un único motivo, cual es la no división en lotes del presente contrato. En efecto, entiende el recurrente que los servicios a satisfacer con el mismo, la hemodiálisis ambulatoria extra hospitalaria y la peritoneal domiciliaria tienen la autonomía y entidad suficiente para haber dividido el contrato en lotes, sin que su tramitación conjunta encuentre cumplida justificación en el expediente tal y como exige el artículo 99 de la Ley de Contratos.

Para analizar esta cuestión hemos de buscar la definición del objeto del servicio que se contrata, así como la justificación que se dio en el pliego para ponerlo en relación con el artículo 99 de la LCSP. Dicho artículo señala en su párrafo tercero lo siguiente:

«3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.



No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente».

En cuanto a la no división en lotes de este contrato señala la cláusula tercera del PCAP lo siguiente:

«3. OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del contrato al que se refiere este pliego es la ejecución del SERVICIO de hemodiálisis ambulatoria extrahospitalaria y peritoneal domiciliaria en Ceuta a pacientes a los que el INGESA tenga el deber legal o convencional de atender.

Este servicio incluye las dos modalidades siguientes: hemodiálisis ambulatoria extrahospitalaria en club de diálisis y diálisis peritoneal domiciliaria.

Este servicio NO está dividido en lotes, por lo que se contratará en su totalidad con un solo adjudicatario.



Habida cuenta del número estimado de pacientes para cada modalidad de diálisis (87 para diálisis en centro extrahospitalario privado y 4 en diálisis peritoneal domiciliaria) y de los medios personales y materiales necesarios para cada modalidad, la contratación del servicio en su totalidad a un solo adjudicatario permitirá compartir recursos personales y materiales y en consecuencia no incrementar costes, además de gestionar de forma conjunta e integral ambas modalidades.

Nomenclatura CPV de esta contratación: Servicios de asistencia hospitalaria ambulatoria; Código 85.112200-9 y Servicios de tratamiento médico de diálisis a domicilio: Código 85.141211-1 Nomenclatura CPA de esta contratación: Códigos 93110, 93199 y 93191».

Hemos de comenzar dejando sentado que no se comparte la interpretación que de este artículo realiza el recurrente. Así, no es que sólo existan dos (o tres como finalmente señala) motivos para entender justificada la no división en lotes, ya que esta interpretación es contraria a la literalidad de la norma. Lo que dice claramente la LCSP es que se debe justificar la no división en lotes sin cerrar las causas de dicha justificación, señalando que, en todo caso, cuando concurran unas determinadas siempre se considerará que hay justificación bastante. Pero en ningún caso puede esto significar que con otras causas o explicaciones pueda darse una justificación suficiente para la no división en lotes.

Así opta la ley en elegir dos motivos que, en caso de concurrir, siempre se considerarán válidos a los efectos de dicha justificación, pero con esa dicción no puede concluirse que no pueda darse otras justificaciones que, según los casos, puedan estimarse también bastantes para cumplir tal exigencia.

Así las cosas, debe por tanto analizarse si esa justificación que obra en el expediente es o no bastante para entender cumplido el requisito que establece el artículo 99 de la LCSP.

Recordemos la doctrina reiterada de este Tribunal sobre la división en lotes, por todas la reciente Resolución nº 1299/2019 de 18 de noviembre de 2019:



«Sobre la obligatoriedad de la división en lotes del contrato, este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones (por todas, la Resolución nº 408/2017) la siguiente doctrina:

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

(....)

Conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal expresada, entre otras muchas, en la resolución 148/2019 de 22 de febrero, ‘(...) la nueva Ley de Contratos del Sector Público exige, como hemos visto, que la justificación de la no procedencia de dividir el contrato en lotes se encuentre reflejada en el expediente. El Tribunal considera admisible para no dividir el contrato en lotes el hecho de que se trate de «un servicio único, no divisible», pero debe explicarse en el expediente por qué el servicio es único e indivisible (...)’.

Es decir, la nueva LCSP no impide que la Administración configure el objeto del contrato atendiendo a lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer.

Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 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 (Resolución del TACRC 756/2014, de 15 de octubre).



Pero debe tenerse en cuenta que: a) La Administración puede invocar motivos válidos para la existencia de un solo lote, aunque debe justificarlos suficientemente en el expediente, b) Los motivos que se contemplan en el artículo 93.3. a) y b) no constituyen un número clausus.

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

Expuesta la doctrina sentada en la materia, debemos analizar si en el supuesto examinado ha quedado suficientemente justificada la no división en lotes del contrato».

En este caso concreto consta justificado en el pliego suficientemente este extremo, así se señala en primer lugar el número de servicios a contratar, muy superior en el caso de la diálisis ambulatoria extra hospitalaria que respecto de la peritoneal (87 vs. 4) para continuar recogiendo que podrán compartirse recursos para una mejor gestión del servicio y también con el objeto de reducir costes. Y esta justificación, si bien somera, debe considerarse bastante para la no división en lotes, sin que pueda aceptarse la tesis de la recurrente que ambos servicios son totalmente distintos. En efecto, son servicios distintos con sus implicaciones distintas cada uno de ellos, pero eso no significa que no compartan recursos materiales (como puede comprobarse en el PPT al describir las necesidades en muchos casos comunes de ambos) como personales (al recoger también el PPT la presencia de profesionales médicos tanto en uno como en otro servicio, si bien con más intensidad lógicamente en el primero) al exigir personal para montar los equipos y textualmente cláusula 11 del PPT *«El adjudicatario dispondrá de personal médico y de enfermería debidamente formado y con experiencia demostrable en la atención, formación y seguimiento de pacientes en diálisis peritoneal. Dispondrá de material necesario para la realización de los controles analíticos rutinarios al paciente de diálisis peritoneal».*



Por ello, la no división en lotes se encuentra justificada en el expediente, constando explicación cumplida del porqué se licita en un único servicio. El hecho de que en otros lugares no sea así en andá afecta tampoco, ya que cada órgano de contratación tiene autonomía y discrecionalidad técnica para decidir cómo se van a satisfacer mejor las necesidades a cubrir en los contratos. Tampoco puede aceptarse, como o señala el recurrente que solo sean dos empresas las que prestan este servicio, extremo éste que no ha quedado acreditado de ninguna manera y que tampoco justificaría la no división.

Debe por lo tanto rechazarse el motivo y con ello el recurso presentado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F.J.A.C., en nombre y representación de AVERICUM, S.L.U. contra los pliegos que han de regir el contrato de “*servicio de hemodiálisis ambulatoria extra hospitalaria y peritoneal domiciliaria en Ceuta a pacientes a los que el INGESA tenga el deber legal o convencional de atender*”, con expediente P.A. 13/2019, convocado por la Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso 1497/2019, interpuesto en el seno del mismo procedimiento.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y



46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.