

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 15 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Itma, S.L.U. y L'Operosa, S.C., (UTE) contra la Resolución de la Directora Gerente suplente del Hospital Universitario de Fuenlabrada de fecha 3 de junio de 2020, por la que se acuerda desistir del expediente de contratación administrativa del *contrato* "Servicio de limpieza y desinfección, desinsectación y desratización del Hospital Universitario de Fuenlabrada y del CEP El Arroyo", este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en el BOCM de fechas, respectivamente 1 y 10 de julio de 2019, y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid con fecha 27 de junio de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 13.599.986,08 euros y un plazo de

ejecución de 24 meses.

Segundo.- Con fecha 11 de diciembre de 2019, se presentó por parte de la empresa Itma, S.L.U. y L'operosa, S.C., Sucursal en España (en adelante UTE) ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación sobre el acto de adjudicación emitido por la Dirección Gerente del Hospital (Recurso 658/2019).

Con fecha 15 de enero de 2020, este Tribunal acuerda estimar el Recurso interpuesto por la UTE (Resolución 11/2020). Con fecha 19 de febrero de 2020, se acuerda la adjudicación del contrato a favor de ésta.

Con fecha 11 de marzo de 2020, se presenta por parte de la empresa ACTUA recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato a favor de la UTE.

Por último, con fecha 3 de junio de 2020, se dicta resolución por la Dirección Gerente suplente del Hospital Universitario de Fuenlabrada, por la que se acuerda desistir del expediente de contratación administrativa del servicio de limpieza y desinfección, desinsectación y desratización del Hospital Universitario de Fuenlabrada y del CEP El Arroyo. El acuerdo de desistimiento fue publicado en el Portal de la Contratación Pública el 3 de junio de 2020.

En base a esta Resolución, se declaró por este Tribunal concluso el procedimiento del recurso presentado por ACTUA, por pérdida sobrevenida del objeto, en su Resolución 117/2020, de 11 de junio.

Tercero.- El 22 de junio de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la UTE contra la Resolución de la Directora Gerente suplente del Hospital Universitario de Fuenlabrada de fecha 3 de junio de 2020, por la que se acuerda desistir del expediente de contratación.

Cuarto.- Con fecha 6 de julio de 2020, fue enviado por el órgano de contratación el expediente de contratación y el informe correspondiente, oponiéndose a la estimación del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica adjudicataria del contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone contra el acuerdo de desistimiento del proceso de licitación arriba indicado, acordado al amparo del artículo 152 de la LCSP. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP, en tanto en cuanto la renuncia o el desistimiento constituyen una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

Cuarto.- El recurso especial se ha planteado contra la resolución por la que se acuerda el desistimiento, notificada el 3 de junio de 2020, presentando el recurso el 22 de junio, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo del asunto el recurrente plantea dos motivos de impugnación: Ausencia de infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y falta de motivación.

Entrando en el fondo del asunto, el artículo 152 de la LCSP regula el desistimiento del procedimiento de contratación en los siguientes términos:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la

conurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

5. En el supuesto de acuerdos marco, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlos corresponde al órgano de contratación que inició el procedimiento para su celebración. En el caso de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlo se realizará por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación”.

Por consiguiente, el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. De esta circunstancia deriva la exigencia de que concurra 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 hasta su adjudicación, conforme al citado apartado 4 del artículo 152 de la LCSP.

A la vista del régimen jurídico del desistimiento procede entrar a valorar si el acto recurrido cumple con los requisitos legales exigidos en la LCSP.

El primer requisito exigido es que el desistimiento debe producirse antes de la formalización del contrato, circunstancia que se cumple en el caso que nos ocupa.

Procede, por tanto, determinar si el órgano de contratación fundamenta su acuerdo en motivos de legalidad y no de oportunidad que se ajusten a incumplimientos de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que supongan infracciones no subsanables.

A este respecto, el recurrente sostiene que el órgano de contratación debe valorar la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas reguladoras

del procedimiento de adjudicación que, en el presente supuesto, consistiría en la necesidad de *“adecuar los Pliegos para dar respuesta a las necesidades cambiantes del Hospital derivadas de un posible repunte del brote”* y que formalmente será una modificación que debe de ser debidamente descrita y prevista.

En cuanto al carácter insubsanable de la infracción, sostiene que no toda irregularidad o vicio en el procedimiento tiene esta consideración. Es necesario que exista una infracción de las normas de preparación o del procedimiento y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables. Sin embargo, a su juicio, la resolución que se recurre no recoge que la infracción advertida por el órgano de contratación se puede subsanar mediante la incorporación de los escenarios descritos por la resolución (requisitos de prestación del servicio de limpieza, especial valoración del servicio de desinfección, modificación del contrato en función del brote epidémico) al protocolo vigente después de la formalización del contrato mediante la cláusula habilitada al efecto en los Pliegos (Cláusula 27. Modificación del contrato) que permitiría al órgano de contratación, incluso una vez perfeccionado el contrato y por razones de interés público, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191 de la LCSP, justificándolo debidamente en el expediente hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, sin que sea preciso tramitar expediente de modificación. Incluso, las modificaciones no previstas en el apartado 21 de la cláusula 1, podrían articularse mediante la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 205 de la LCSP. En el presente caso, las necesidades actuales podrían introducirse ex artículo 205 para responder a la causa objetiva que las haga necesarias (en este sentido, entre otras la En el sentido apuntado, reseñamos la Resolución Nº 118/2020 de 30 de enero de 2020, TACRC).

Por su parte, el órgano de contratación enmarca su actuación dentro del contexto de la crisis sanitaria derivada del SARS-CoV-2 (COVID-19). A este respecto señala *“Con el fin de elaborar los circuitos de forma que permanezcan en el tiempo y queden aseguradas las zonas en orden a la prestación de la actividad habitual del Hospital pero también, para el supuesto de que tuviera lugar un rebrote de la*

epidemia, el Ente Público Hospital Universitario de Fuenlabrada ha formalizado un Convenio de Colaboración con la organización Médicos del Mundo a fin de obtener ayuda en el diseño de circuitos limpio/sucio, ordenación del tránsito de profesionales entre los mismos y requerimientos de conservación y limpieza, extremo en el que igualmente ha colaborado el área de Medicina Preventiva del Hospital y el área de Salud Laboral.

En la separación y conservación de los circuitos, ha cobrado un papel de extraordinaria importancia la limpieza y particularmente la desinfección de espacios, aparataje y material fungible a emplear en tales zonas, y ha evidenciado que, derivado de la necesaria convivencia con el SARS-CoV-2 (COVID-19) al menos hasta la existencia de una vacuna que proteja a la población, los requerimientos de limpieza y desinfección, han variado sustancialmente”.

Manifiesta que, de acuerdo a las indicaciones recibidas desde Medicina Preventiva del Hospital y derivadas del brote epidémico, se ha modificado el Protocolo de limpieza de los espacios asistenciales y no asistenciales. Entre los cambios más significativos se encuentran los que a continuación se relacionan:

- La identificación de las zonas de riesgo y los metros cuadrados del Hospital y Centro de Especialidades que han pasado de ser de bajo riesgo a alto riesgo.
- Las frecuencias de limpieza aconsejadas para las zonas de limpio/sucio.
- El número de profesionales necesarios para dar cobertura a las necesidades de limpieza.
- El impacto y valor de la desinfección y, sobre todo, su orientación a la presencia del virus (con requerimientos específicos de material, frecuencia y zonas) que lo separa de la actividad de desinfección ordinaria de instalaciones sanitarias libres del mismo.

Todos los cambios descritos, tuvieron reflejo en un nuevo Protocolo de Limpieza que ha sustituido al que sirvió de base para la descripción del servicio de limpieza, desinfección, desinsectación y desratización del Hospital Universitario de

Fuenlabrada y Centro de Especialidades del expediente de contratación PA. S 19/002.

Concluye señalando que todas las causas descritas, y aún por causas ajenas al órgano de contratación y sobrevenidas al derivar de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, inciden de forma directa en el objeto del contrato del expediente de contratación en tramitación haciendo que se incumpla cuanto establece el artículo 28.1 de la LCSP que señala que *“las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad deben de ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*. Por idénticas motivaciones, la redacción de los Pliegos del expediente PA S 19/002 incumple igualmente cuanto exige el artículo 99.1 de la citada LCSP que exige que *“el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado”*.

Vista la normativa prevista en la LCSP y las alegaciones de las partes, procede traer a colación la doctrina del TACRC respecto al desistimiento, en su Resolución 254/2019, de 15 de mayo señala: *“Este Tribunal en resolución nº1078/2018 señaló:*

‘El desistimiento, es una facultad e incluso una obligación del órgano de contratación cuando concurren los requisitos para ello con el fin de impedir la celebración de contratos afectados por graves vicios de nulidad en su tramitación’. *‘En este sentido se pronuncia la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-440/13), que correctamente trae a colación el órgano de contratación:*

De ese modo, el Derecho de la Unión no se opone a que los Estados miembros establezcan, en su normativa, la posibilidad de adoptar una decisión de

revocar una licitación. Los motivos de dicha decisión de revocación pueden basarse así en razones, relacionadas en particular con la apreciación de la oportunidad, desde el punto de vista del interés público, de llevar a término un procedimiento de licitación, habida cuenta, entre otras cosas, de la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora de que se trata. Una decisión de ese tipo puede también motivarse por el nivel insuficiente de competencia, debido al hecho de que, al finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, únicamente quedara un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato’.

En definitiva, este Tribunal considera que los argumentos aducidos por la Recurrente sobre la no concurrencia de motivo que dé lugar al desistimiento deben rechazarse debido a que desistir de una licitación convocada es una facultad que le corresponde al órgano de contratación antes de la adjudicación del contrato cuando concurren los supuestos legales previstos para ello, y porque concurren circunstancias técnicas para ello, como la no exigencia en los Pliegos de la cantidad de facultativos y plena disponibilidad de los mismos, las cuales, han sido debidamente justificadas. Y es que, en efecto, los motivos aducidos por el órgano de contratación se refieren a la necesidad de clarificar los requisitos y características de prestación sanitaria ofertada con el fin de que quede suficientemente claro el objeto de contrato y se presenten las ofertas con claridad, para una adecuada valoración por el órgano de contratación, lo que exigiría una nueva redacción de los Pliegos que es imposible subsanar sin desistir del actual procedimiento, por lo que debe considerarse ajustada a derecho la resolución impugnada.

Debe tenerse presente, que el Pliego como norma que rige el contrato, es una de las más esenciales normas de preparación del contrato, sin que exista duda que, cualquier infracción relativa a los mismos supone una infracción de las normas de preparación, tal y como hace presagiar su ubicación sistemática dentro del Capítulo 1º del Título 1º del Libro II y, en consecuencia, dentro de las normas relativas a la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas”.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia procede destacar la reciente STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 10 de marzo de 2020, que sostiene *“El artículo 155.4 del TRLCSP dispone que «El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación».*

Cuando lo que se está discutiendo es si concurre o no una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato es necesario acudir a las previsiones que la norma legal contiene en materia de preparación --Título I del Libro II--. Por ello, es imprescindible atender a los siguientes preceptos:

a) según el artículo 109 «1. La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley.

2. El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 86 acerca de su eventual división en lotes, a efectos de la licitación y adjudicación.»;

b) el artículo 22 establece que «1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación»;

c) el artículo 86 dispone que «1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado».

Por tanto, es innegable que la celebración de cualquier contrato administrativo exige una actuación previa para su preparación y que en ella la administración

deberá atender de manera prioritaria al objeto del contrato y, más concretamente a su idoneidad y determinación exacta.

En definitiva, es innegable que dentro de la previsión de ‘infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato’ que contiene el artículo 155.4 tienen cabida los vicios o infracciones que afecten al objeto del contrato, a su idoneidad y determinación. Y, en relación con ello, hay que dejar dicho que entre las funciones de la Mesa de contratación está la prevista en el artículo 22.g) del Real 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente tras la aprobación del TRLCSP de 2011, y que contempla que: «De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento»”.

La vigente LCSP en su articulado mantiene el contenido de los artículos citados en la STS del TRLCSP, en bien en los nuevos artículos 28, 99 y 16.

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación como consecuencia de una circunstancia imprevisible, ha justificado que el objeto del contrato licitado ya no es idóneo para el cumplimiento y realización de los fines institucionales, como exige el citado artículo 28 de la LCSP. El Pliego, que contiene el objeto del contrato, como norma que lo rige, es una de las más esenciales normas de preparación del contrato, por lo que cualquier infracción relativa a los mismos supone una infracción de las normas de preparación.

Por tanto, como se ha señalado, debe considerarse como infracción no subsanable de las normas de preparación de los contratos los vicios o infracciones que afecten al objeto del contrato, a su idoneidad o determinación. Carece de sentido pretender la continuidad de una litación teniendo la certeza que, incluso antes de la firma del contrato, va ser necesaria una modificación sustancial del mismo, incluso una eventual resolución.

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

En relación con la alegación referida a la falta de motivación, este Tribunal entiende que el acuerdo de desistimiento contiene una motivación sucinta pero suficiente de las razones que asisten al órgano de contratación para no continuar con el procedimiento.

En efecto, se basa en el carácter no subsanable de las normas de preparación del contrato, en los términos señalados en el anterior motivo, al no ser idóneo el objeto del contrato como consecuencia de los efectos del COVID-19. Ello ha supuesto que, en la separación y conservación de los circuitos, haya cobrado un papel de extraordinaria importancia la limpieza y particularmente la desinfección de espacios, aparataje y material fungible a emplear en tales zonas, y ha evidenciado que, derivado de la necesaria convivencia con el SARS-CoV-2 (COVID-19) al menos hasta la existencia de una vacuna que proteja a la población, los requerimientos de limpieza y desinfección, han variado sustancialmente. Por ello, de acuerdo a las indicaciones recibidas desde Medicina Preventiva del Hospital y derivadas del brote epidémico, se ha modificado el Protocolo de limpieza de los espacios asistenciales y no asistenciales.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Itma S.L.U y L'Operosa, S.C., contra la Resolución de la Directora Gerente suplente del Hospital Universitario de Fuenlabrada de fecha 3 de junio de 2020, por la que se acuerda desistir del expediente de contratación administrativa del contrato “Servicio de limpieza y desinfección, desinsectación y desratización del Hospital Universitario de Fuenlabrada y del CEP El Arroyo”,

Segundo.- 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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.