

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

En Madrid, a 10 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.P.E., en nombre y representación de la empresa SERVICIOS DE TELEASISTENCIA S.A. (en adelante ATENZIA), contra la resolución por la que se adjudica el contrato “Servicios de Telemonitorización de Pacientes con Patología Crónica (Epoc y/o Insuficiencia Cardíaca) del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, expediente A/SER-005067/2019, Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 19 de febrero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 164.992,80 euros y su plazo de duración será de 12 meses.

Segundo.- El 11 de agosto de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ATENZIA contra la Resolución de adjudicación del contrato, en que se acuerda su exclusión por no considerar justificada la viabilidad de su oferta en la que realiza una baja del 65,71 %.

Así mismo, solicita vista del expediente en relación a la justificación de la oferta presentada por la adjudicataria que no pudo comprobar en la vista del expediente que le concedió el órgano de contratación.

Con fecha 23 de agosto de 2019, la empresa ATENZIA, solicitó al órgano de contratación vista del expediente. Con fecha 27 de agosto se personaron ante el órgano de contratación accediendo a parte del expediente, a pesar de haber declarado LINDE, empresa adjudicataria, confidencial la totalidad del expediente.

Mediante Acuerdo de 2 de octubre de 2019, este Tribunal denegó el acceso al expediente.

Tercero.- El 26 de septiembre de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante, RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del

Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 7 de octubre comunicó su intención de no presentar alegaciones.

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 excluida de la licitación, *“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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue adoptado el 2 de septiembre de 2019 y practicada la notificación el día 9, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 11 de septiembre de 2019 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el recurrente alega en primer lugar la arbitrariedad de la exclusión de su oferta. Considera que los motivos en que el órgano de contratación funda el rechazo de la oferta no resultan en absoluto admisibles y determinan que el órgano de contratación haya actuado de manera arbitraria.

Respecto a este motivo de impugnación, hay que manifestar que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación.

Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”* estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, *“los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo”*.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar

explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato.

Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”*.

Es conveniente señalar el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparte la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación “resolución reforzada”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018, de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras). En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

La justificación de viabilidad efectuada por la recurrente se basaba fundamentalmente en la existencia de contratos de atención a personas con enfermedades crónicas y en un estudio de la estructura de costes.

Por su parte, el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta suscrito por el Jefe de Servicio de Neumología, realiza un detallado análisis de la justificación, especialmente, en lo que resulta relevante para la resolución del presente recurso, en lo referido a la estructura de costes.

En dicho informe se hace constar *“Otro hecho detectado, que evidencia la inviabilidad del estudio de costes presentado por ATIENZA es que esta empresa considera de la misma naturaleza las prestaciones al servicio de telemonitorización, (novedoso en el área sanitaria a nivel nacional), con las prestaciones de los servicios de teleasistencia. Nada más alejado de la realidad. La prestación de servicios de TELEASISTENCIA, tiene características muy diferentes y menos complejas que el servicio de TELEMONITORIZACION objeto de este expediente, que exige una atención inmediata, a demanda de los pacientes de patología muy grave o de sus familiares o cuidadores como exige el Pliego de Condiciones Técnicas que rige este*

contrato. La telemonitorización, como se indica en el Pliego de Condiciones Técnicas, es un servicio sanitario complejo que se presta en el domicilio de pacientes graves, en este caso con EPOC y o insuficiencia cardiaca que habitualmente tienen varios ingresos a lo largo del año en el hospital y que pretende conseguir mejorar la salud de los mismos, detectando precozmente las agudizaciones mediante un seguimiento directo en el domicilio y poder tomar medidas antes de que el proceso evolucione y se agrave, evitando así que los pacientes se vean obligados a acudir a urgencias y prevenir los ingresos, ya que se les atenderá directamente en su domicilio o de forma preferente en su consulta por sus médicos de atención primaria o especialistas de manera rápida al detectarse un empeoramiento. Esta diferencia es fundamental a la hora de calcular los medios necesarios con los correspondientes costes del servicio, que Atienza no ha tenido en cuenta, tanto en lo que respecta a recursos humanos como medios materiales”.

Por su parte el recurrente señal que con relación a la supuesta confusión que le órgano de contratación le achaca entre los servicios de telemonitorización con un servicio de teleasistencia, se trata de una afirmación que no queda acreditada en ningún momento y no explica cómo afectaría dicha conclusión a la supuesta inviabilidad de su oferta económica. Más aún, considera que su servicio de teleasistencia avanzada guarda claros paralelismos con el servicio de telemonitorización licitado, que le permiten prestar el servicio licitado de manera más eficiente que otros licitadores con menos experiencia en el ámbito de la teleasistencia.

Respecto a la justificación realizada por la recurrente sobre la viabilidad de su oferta, el informe técnico del órgano de contratación realiza un análisis sobre los costes de personal y costes materiales.

En cuanto a la estructura de personal facilitado por el recurrente en su justificación, considera *“De nuevo evidenciamos que no acredita que presta este tipo de servicios concretos para pacientes muy graves con alto riesgo de mortandad. A título meramente informativo, en un estudio piloto desarrollado este año con un grupo*

de pacientes preseleccionados para participar en ese programa, la mortalidad anual fue del 20 por ciento. Es decir que cualquier retraso puede ocasionar graves consecuencias en los pacientes monitorizados.

Tampoco aporta el Convenio regulador, ni documentos acreditativos de los costes reales de este personal. Se remite a un Convenio que no aporta, pero desconocemos si existe otro convenio para la empresa como parece aludir al informar sobre la jornada laboral. Tampoco incluye la contratación de expertos sanitarios como se exige en la cláusula 2 del Pliego de Condiciones Técnicas de este expediente de licitación”.

Por su parte, el recurrente señala que según el Pliego únicamente se exige personal cualificado experto en gestión de servicio de atención a “*clientes*” y en supervisión de servicios similares, sin que conste expresamente la cualificación de “*expertos sanitarios*”, de los que no obstante dice disponer.

Por otro lado el informe técnico manifiesta que no justifica la suficiencia del personal que oferta. No aporta justificación documental de qué tipo de servicios se trata, ni siquiera los señala. Ni tampoco de cargas actuales de trabajo para valorar si ese personal puede asumir esta nueva carga. Así mismo, considera que aporta un análisis de costes realizado a priori, planteando unos tiempos en su mayoría tan cortos que claramente evidencia que se limitan a una gestión automatizada, y prevé una cantidad de intervenciones cuyo fundamento no justifica. La planificación de este servicio no puede realizarse como una cadena de montaje. Reiteran el carácter personalísimo de las relaciones entre empresa, usuario, profesionales del centro hospitalario y de atención primaria.

Por otro lado, añade, la empresa, en su estudio, parte de una demanda uniforme a lo largo del año. Este tipo de patologías sufre importantes fluctuaciones estacionales que repercutirán en la ejecución del servicio y que no pueden concretarse con exactitud, por el tipo de pacientes y de patología porque es totalmente novedoso la prestación sanitaria monitorizada en el domicilio de los pacientes.

Por su parte, el recurrente considera que dichas afirmaciones no son correctas y carecen de soporte probatorio. Los Pliegos no exigían un mínimo de personal ni establecían qué número debe considerar suficiente. Considera que la estructura dedicada a este contrato, así como sus tiempos de dedicación, se han estimado en base a su experiencia de en planificar, gestionar y ejecutar contratos de similares características durante más de 20 años (2 años en la ejecución de servicios de telemonitorización), para cientos de miles de usuarios.

Con relación a los medios materiales, el informe técnico señal en primer lugar, que *“Entre otros medios materiales, destacamos que afirma disponer de una central telefónica que puede gestionar 194 llamadas simultáneas (Pág. 20 del mismo documento) debiendo atender a 50701 personas 24 horas 365 días. (Pág. 17 -18 del citado documento). Con este mero dato no sabemos si es suficiente o no porque realmente no aporta documentación de la atención diaria prestada”*.

Por su parte el recurrente manifiesta que dispone de la citada centralita con capacidad para gestionar 194 llamadas de manera simultánea sino que, además, informa de que en los momentos de mayor tráfico (teniendo en cuenta a los 50.701 usuarios), el mayor volumen gestionado es de 70 llamadas, por lo que tiene un exceso disponible de 124 llamadas adicionales.

A continuación, el informe técnico señala respecto a los dispositivos puestos a disposición del contrato que en la página 35 del informe justificativo, la licitadora expone que el coste de los mismos asciende a 11.249 euros, pero plantea una amortización a dos años. Hay que señalar que el contrato sólo tiene un periodo de duración de un año, con una posible prórroga de otro, siempre a criterio de la Administración. Por tanto lo consideramos no ajustado a la realidad. Al no tener asegurada la prórroga, el coste de los equipos a amortizar es de 11.249 euros en el año de vigencia ello supone que la oferta no es viable porque el licitador no sólo no tendrá beneficio sino que sufrirá pérdidas.

A este respecto el recurrente manifiesta que ha amortizado los dispositivos en su justificación de forma muy conservadora y acorde con la Ley, teniendo en cuenta que los dispositivos a los que se hace referencia, pueden ser reutilizados en otros contratos, tras la finalización del contrato que nos ocupa, por lo que no tendría ningún sentido su amortización en un periodo de un año dado que su vida útil es muy superior.

Respecto al apartado de otros gastos, a juicio del órgano de contratación tampoco aporta ninguna justificación sobre los datos en que se basa su cálculo, pero baste destacar que por ejemplo al concepto de gastos en locomoción para 49 pacientes en la Comunidad de Madrid, con distintas localizaciones dentro de la misma, asigna solo 197 euros anuales.

El recurrente manifiesta, que según consta en una información facilitada a un licitador, los pacientes se encontraban en la zona de influencia del hospital, por lo que esta estimación se ha tenido en cuenta a la hora de realizar la estimación del gasto.

El informe técnico hace constar que en *“cuanto al seguro, no aporta ningún justificante del coste del seguro para servicio de telemonitorización ni para ninguno. Y por su experiencia el asegurante en estudios de investigación es ostensiblemente mejor”*.

El recurrente manifiesta que ha estimado el porcentaje de asignación del seguro a este contrato (0,0511%) en base a la parte proporcional que le corresponde por los 44 usuarios, sobre los que se han calculado los costes.

Por último, el informe técnico considera que el beneficio que el licitador que plantea en la cuenta de resultados, 503 euros es absolutamente insuficiente para atender cualquier evento que deba el adjudicatario asumir como consecuencia del deber de asumir el riesgo y ventura en la ejecución del contrato.

A este argumento, el recurrente señala que el órgano de contratación confunde la onerosidad de los contratos administrativos con la obligación de obtener un beneficio elevado, cuestiones que nada tienen que ver entre sí.

Vistas las alegaciones de las partes, de acuerdo con la doctrina expuesta, procede comprobar que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

En el presente supuesto, no se puede pasar por alto, que la baja efectuada por el recurrente es de un 65,71 %, de modo que considerando la baja media de las cuatro empresas licitadoras, que asciende al 40,25 %, está a más de 25 puntos porcentuales por encima.

Considerando la baja tan considerable que se trata de justificar y que el objeto del contrato va dirigido a pacientes con perfil muy grave, con las consecuencia que una deficiente prestación del servicio pudiera ocasionar, este Tribunal considera razonable que el órgano de contratación establezca unos niveles de exigencia muy superiores a los que se pudieran dar en otras circunstancias, admitiendo la justificación de la oferta únicamente si no alberga la más mínima duda, en aras de preservar el interés público, de que quede garantizada la ejecución del contrato.

Este Tribunal considera que se ha dado cumplimiento a las formalidades jurídicas, comprobándose que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación reforzada para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

Por todo lo anterior, 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.P.E., en nombre y representación de la empresa SERVICIOS DE TELEASISTENCIA S.A., contra la resolución por la que se adjudica el contrato *“Servicios de Telemonitorización de Pacientes con Patología Crónica (Epoc y/o Insuficiencia Cardíaca) del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”*, expediente A/SER-005067/2019.

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.