

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

En Madrid, a 6 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.V.F., en nombre y representación de Servicios de Teleasistencia, S.A. (en adelante Atenzia), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 9 de abril de 2019, por el que se le excluye de la licitación del contrato “Servicio de Telemonitorización de pacientes con Epoc y/o Insuficiencia Cardíaca del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, nº expediente A/SER-005067/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del órgano de contratación de fecha 11 de febrero de 2019, se inició el expediente de contratación del servicio mencionado.

Con fecha 19 de febrero de 2019 fue publicado en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación correspondiente al citado contrato, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos automáticos. El valor estimado del contrato es de 164.992,80 euros.

Segundo.- A la licitación han concurrido cuatro empresas, una de ellas el recurrente.

La Mesa de contratación reunida el día 9 de abril de 2019, tras el examen del informe emitido por el órgano encargado de la valoración técnica, acuerda la exclusión de las empresas Tunstall Ibérica S.A.U. (Tunstall), Servicios de Teleasistencia S.A. (Atenzia) y Ferroviario Servicios, S.A. (Ferroser).

El Acuerdo fue publicado el 11 de abril de 2019.

Tercero.- El 7 de mayo de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Atenzia, en el que impugna el Acuerdo de exclusión, alegando que ha cumplido los requerimientos del Pliego por las razones que detalla en su recurso por lo que solicita la anulación del acuerdo y la retroacción del procedimiento para que su oferta sea valorada.

Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación la remisión del expediente administrativo y el preceptivo informe sobre el recurso, conforme establece 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 (LCSP). El requerimiento fue atendido el día 16 de mayo de 2019. El órgano de contratación en su informe se remite a lo expuesto en el informe técnico de valoración cuyas argumentaciones serán examinadas al resolver sobre el fondo del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente se encuentra suspendida por Acuerdo del Tribunal de 8 de mayo de 2019.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado alegaciones, Linde Médica S.L.U., propuesta como adjudicataria del contrato, de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

También ha presentado escrito Tunstall, en las que afirma que *“Queda acreditado, en referencia con el Recurso Nº 317/2019 interpuesto por similares motivos por Atenzia y el Recurso Nº 303/2019 interpuesto por esta representación (Tunstall) que el Órgano de Contratación vulnera la libertad de acceso a la licitación, en condiciones de igualdad, sin salvaguardar la libre competencia de las empresas y los principios de libre concurrencia e igualdad, pilares básicos de la contratación pública, que permiten adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa. En estos tres recursos contra la misma licitación, se excluye a todos los licitadores (Atenzia, Ferrovial y Tunstall), excepto a Linde, compañía que a la postre resulta adjudicataria, como único licitador aceptado, siendo encima, al único licitador al que se le requirió para subsanar, por omisión de aportar la propia documentación técnica exigida en el pliego, lo que resulta incongruente con el exceso de formalidad exigido para el resto de los licitadores. (...) Por todo ello, esta representación es conforme con lo solicitado por Ferrovial en su recurso, y mantiene, que deben revocarse las exclusiones de los tres licitadores excluidos (Atenzia, Ferrovial y Tunstall), debiendo retrotraerse el expediente a fin de que se acepten todos los licitadores y se valoren todas las ofertas presentadas”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, 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 un licitador excluido *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera*

directa o indirecta 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 Acuerdo impugnado fue adoptado el día 9 de abril de 2019, la recurrente se da por notificada el día 11 de abril e interpuesto el recurso tuvo entrada en el Tribunal el día 7 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo previsto en el artículo 50. 1 c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta en un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el acuerdo de la Mesa señala como causas de exclusión de Atenzia las siguientes:

“1.- En relación con los requerimientos de la cláusula 2 CONDICIONES GENERALES DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TELEMONTORIZACION, que dice:

El adjudicatario contará con una estructura cualificada y suficiente para acometer la prestación del servicio con las debidas garantías de calidad exigidas por la presente licitación. La responsabilidad de planificar y realizar la contratación de los recursos necesarios para cumplir los niveles de servicio establecidos corresponde al adjudicatario.

El adjudicatario tiene que disponer de condiciones técnicas, de infraestructuras y equipos humanos adecuados y suficientes para evolucionar al ritmo de los requerimientos e iniciativas que vayan surgiendo a lo largo del periodo de contratación.

· Dispondrá de personal cualificado experto en gestión de servicios de atención al cliente y en supervisión de servicios similares.

La propuesta de ATENZIA no contempla ninguna estructura, ni contiene información que justifique el cumplimiento de este requisito, limitándose a emitir un compromiso de actuaciones futuras, no justificando la exigencia de disponer en el momento presente de estos requisitos.”

“2.- En relación con la cláusula 4 EQUIPAMIENTO MÍNIMO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DE LA TELEMONITORIZACIÓN, en la que se exige expresamente:

Todos estos dispositivos deberán disponer de transmisión automática y cumplir con la normativa vigente (marcado CE (...)) .La acreditación de este requisito se incluirá en el sobre 1. El licitador deberá favorecer la simplificación del número dispositivos necesarios, manteniendo siempre la capacidad de recogida de todas las constantes de salud que se incluyen en los dispositivos seleccionados.

No aporta los certificados CE de los equipos.

Además de la toma de constantes de salud, la propuesta del licitador deberá incluir la posibilidad de gestionar cuestionarios de salud, a modo de árbol de decisión, y la recogida manual de valores. Todo el proceso deberá ser personalizable, en función del perfil del paciente y de las patologías asociadas, de acuerdo con los servicios clínicos responsables del Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

Solo describe este cumplimiento en el proceso de insuficiencia cardiaca.”

La recurrente alega respecto al primer motivo que *“basta la lectura de la cláusula 2 del PPT a que el acuerdo de exclusión se remite y, de hecho, reproduce, para comprobar que los requisitos que se consideran incumplidos se refieren, en todo caso, a condiciones a cumplir por el adjudicatario en fase de ejecución del contrato y en absoluto a los licitadores. (...). Es más, el propio título de dicha cláusula 2 del PPT es absolutamente elocuente al respecto, dado que se intitula “Condiciones generales de la prestación del servicio de telemonitorización”. Y, por último, destacar igualmente que respecto de las condiciones establecidas en dicha cláusula 2, el PPT no exige en absoluto que deba incluirse en el sobre número 1 documentación acreditativa del cumplimiento de las mismas, al contrario de lo que ocurre en las condiciones previstas en la cláusula 3 del PPT”.*

El órgano de contratación en su informe expone que *“en los Pliegos de condiciones técnicas, de forma clara se solicita que el adjudicatario disponga de las condiciones técnicas, de infraestructuras y equipos humanos adecuados y suficientes. Y por tanto es un requisito que debe disponer en el momento de la firma en la que el licitador se convierte en adjudicatario, como premisa imprescindible para poder ejecutar el contrato. Y según la propia declaración contenida en la propuesta de ATENZIA, esta no sólo no contempla ninguna estructura, ni contiene información alguna que justifique el cumplimiento de este requisito, limitándose a emitir un compromiso de actuaciones futuras, sino que de su propia oferta se deduce indudablemente que los medios que va a poner a disposición en la ejecución del contrato no son suficientes. Y explicamos a continuación y de forma pormenorizada este incumplimiento por lo siguiente:*

1.1.- ATENZIA en la página 4 de su oferta, reconoce explícitamente que no tiene ningún equipo de personas cualificado para realizar las tareas en la que consiste el servicio, como es exigido sino que: asignará al servicio un equipo de personal cualificado y experto en la gestión de servicios de atención al paciente (...)

Y justifica el incumplimiento de este requisito taxativo alegando que en los PPT se utiliza en el primer párrafo de la cláusula alegada la forma del verbo en futuro simple, contará (...). “Ello se debe evidentemente a que en el mismo se habla de los requerimientos a cumplir por el futuro adjudicatario en el momento de ser seleccionado, ya que en momento de la licitación únicamente hay licitadores. Es manifiesto que utiliza como forma expresiva equivalente a tener que.

De cualquier manera, en el párrafo siguiente del PPT de la cláusula 2 citada, en tiempo presente cuando se dice: ‘El adjudicatario tiene que disponer de las condiciones técnicas y equipos humanos adecuados y suficientes (...).’”

“Por tanto ATENZIA no podrá disponer en el momento de la firma si fuera adjudicatario de este requisito indispensable para la correcta ejecución del contrato”.

“1.2.- Pues bien, tampoco especifica ATENZIA en su oferta como se exige en tiempo presente en los Pliegos técnicos, (cláusula 2 del PPT tiene que disponer de equipos técnicos adecuados (...)) el perfil profesional de los equipos a contratar, requerimiento básico para este tipo de prestaciones objeto de este servicio. En la

página 5 de su oferta indica simplemente... Este equipo podrá estar integrado por profesionales (...) en función de los perfiles que se consideren más idóneos para el servicio concreto (...) , sin indicar cuál es el perfil que el licitador considera idóneo para que el órgano de contratación pueda analizar si cumple o no con las cualificaciones mínimas para este servicio de telemonitorización para pacientes con una patología muy complejo. (...)

1.3.- En este orden de cosas y en coherencia con los fundamentos expuestos, la recurrente en su oferta manifiesta que para ejecutar el contrato va a poner a disposición del centro un equipo compuesto por 9 personas, (página de la oferta de ATENZIA) en total 1 director. Con las personas propuestas para atender este servicio es materialmente imposible realizarlo, teniendo en cuenta los horarios establecidos de 9 a 6 de la tarde los días laborables y el servicio técnico 24 horas los 365 días del año. Para este concretamente solo pone a disposición dos personas, por lo que supondría trabajar ininterrumpidamente en días alternos, cuestión imposible si tenemos en cuenta el cómputo horario regulado en el Estatuto de los trabajadores y/o convenios colectivos. Este punto de la oferta tampoco es interpretable. Los datos contenidos en ella son objetivos”.

Por su parte Linde Medica, S.L.U., en su escrito de alegaciones afirma “*de la lectura de los pliegos del contrato resulta claro que los licitadores debían presentar en su propuesta la indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad. Esta cuestión fue además clarificada por el órgano de contratación en su escrito de fecha 6 de marzo de 2019 en respuesta a la solicitud de aclaraciones al pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas realizadas por la empresa CARE4CHRONICS, S.L.U., aclaraciones a las que todos los licitadores tuvimos acceso al ser publicadas en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid antes de finalizar el plazo para la presentación de las ofertas. Se acompañan como documentos Anexo nº 2 y Anexo nº 3 el escrito de aclaraciones del órgano de contratación y la solicitud de*

aclaraciones de CARE4CHRONICS, S.L.U. La respuesta del órgano de contratación fue la siguiente: “- Respuesta a la aclaración número 1:

En el Artículo 90 de la LCSP, apartado 1.b) se establece, que, en los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios se podrá apreciar por "indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad". En consecuencia, debe atenderse a lo especificado en la cláusula 1, apartado 7.2 Acreditación de la solvencia técnica o profesional del PCAP.”

“Por todo ello, la no inclusión en la propuesta de Atenzia de la relación del personal técnico participante en el contrato, especialmente los encargados del control de calidad, es un incumplimiento claro de la Cláusula 1, apartado 7,2 del PCAP y de la cláusula 2ª del PPT y justifica por sí sola, tal como ha acordado la Mesa de Contratación, la exclusión de Atenzia.”

Se debe advertir que como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación, vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP (139 de la LCSP vigente) la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, sin que conste hayan sido impugnados.

Como ha manifestados el Tribunal al resolver el recurso 309/2019 relativo a este mismo expediente, como primera apreciación debemos señalar que existe una indefinición los Pliegos que puede haber provocado la confusión de los licitadores.

Esta indefinición deriva en primer lugar del hecho de que el PCAP en su apartado 7 indica que no existe compromiso de adscripción de medios, sin embargo el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) aparece redactado como si se estuviera contemplando un compromiso de adscripción de medios y así ha realizado su oferta la recurrente.

Ello es así porque, evidentemente, como se indica en el recurso, el PPT se refiere en todo momento al adjudicatario y además los términos del PPT son tan absolutamente amplios de tal manera que impiden al órgano de contratación controlar los requerimientos como si se tratase de requisitos mínimos, puesto que cabría preguntarse qué supone en este contrato de telemonitorización una estructura *“cualificada y suficiente”*, y una *“infraestructuras y equipos humanos adecuados y suficientes para evolucionar al ritmo de los requerimientos e iniciativas que vayan surgiendo (...)”*. Es obvio que no se trata de requisitos mínimos sino de un compromiso de adscripción de los medios necesarios sin concretar por otro lado, cuáles han de ser tales medios.

En el caso del personal la cosa se complica porque como señala la empresa alegante se ha configurado además como requisito de solvencia técnica.

De manera que si no existe tal declaración del personal técnico, la empresa debería haber sido excluida por falta de acreditación de la solvencia y si ha sido admitida no puede considerarse en este momento que no cumple el requisito de personal mínimo, cuando por otra parte el PPT no determina cuál ha de ser ese personal.

Recordemos lo que dice el PPT en este apartado: *“El adjudicatario contará con una estructura cualificada y suficiente para acometer la prestación del servicio con las debidas garantías de calidad exigidas por la presente licitación. La responsabilidad de planificar y realizar la contratación de los recursos necesarios para cumplir los niveles de servicio establecidos corresponde al adjudicatario.*

El adjudicatario tiene que disponer de condiciones técnicas, de infraestructuras y equipos humanos adecuados y suficientes para evolucionar al ritmo de los requerimientos e iniciativas que vayan surgiendo a lo largo del periodo de contratación.

Dispondrá de personal cualificado experto en gestión de servicios de atención a clientes y en supervisión de servicios similares.

El personal técnico de soporte en domicilio deberá estar perfectamente identificado”.

Comprueba el Tribunal que la oferta técnica de Atenzia contempla las siguientes actuaciones:

1. Programa de implantación del servicio de telemonitorización (TLM)

1.1 Fases de implantación del servicio

1.2 Calendario de implantación del servicio

2. Procesos necesarios para el desarrollo del servicio

2.1 Mapa de proceso general

2.2 Descripción de los procesos necesarios para el desarrollo del servicio

2.3 Tabla resumen de procesos para el servicio.

Se indica expresamente que *“Una vez conocida la adjudicación, Atenzia designa al director/a del proyecto o persona que actuará como máxima responsable, quien, a su vez, atendiendo a las características del servicio, selecciona a su equipo. Este equipo podrá estar integrado por profesionales que ya forman parte de la organización y/o por nuevas incorporaciones en función de los perfiles que se consideren más idóneos para el servicio concreto. La designación del equipo profesional incluye, a su vez, la definición del organigrama y de las responsabilidades que asume cada uno de los profesionales”.*

Dados los términos excesivamente amplios en que está redactado el PPT, debe concluirse que la recurrente ha incluido en su oferta la información suficiente por lo que debe considerarse que ha cumplido las exigencias del Pliego y el recurso debe estimarse por este motivo.

En cuanto al segundo motivo de exclusión se refiere a la no aportación de los certificados CE de los equipos.

Alega la recurrente que *“en relación con el incumplimiento relativo a la no aportación de los certificados CE de los equipos, la omisión involuntaria de dichos equipos en absoluto puede determinar la exclusión de la oferta de mi representada, dado que el órgano de contratación debió concederle el oportuno trámite de subsanación”*.

Efectivamente, el órgano de contratación debe comprobar que las ofertas cumplen los requisitos del Pliego pero si existe alguna duda sobre ese cumplimiento y antes de excluir a la empresa, debe conceder un plazo para aclarar la oferta, aportando los documentos o especificaciones que sean necesarias y que no se exigían expresamente en el PPT que permitan llegar a la convicción razonada del cumplimiento o en su caso del incumplimiento, de las exigencias del Pliego, sin que ese trámite pueda significar un cambio en la oferta. Se trata de acreditar el cumplimiento de un requisito y no de subsanar la oferta.

En este caso la acreditación del marcado CE de los equipos ofertados no puede implicar un cambio de la oferta, alegado por el órgano de contratación, puesto que lo que debe solicitarse es la aportación del citado marcado de los equipos ofertados y a la vista de la documentación presentada, la mesa decidirá si considera cumplido el requisito.

En cuanto a los cuestionarios de salud, la recurrente argumenta que *“la cláusula 4 del PPT no exige en absoluto su acreditación en el sobre 1, como sí lo hace en referencia a otros previstos en la misma cláusula, por lo que resulta evidente que no procede acordar exclusión alguna respecto del mismo y por los mismos motivos ya expuestos anteriormente,(...) De esta forma, el protocolo de actuación de Atenzia incluye (previa aprobación del HGUGM) la realización de*

Cuestionarios de salud (entendido como preguntas relacionadas con signos y síntomas vinculados a IC o EPOC) a modo árbol de decisión”.

El órgano de contratación opone que *“tampoco incluye el modelo exigido de cuestionario de salud a modo de árbol para pacientes Epoc, como se exige claramente en la referida cláusula 4”.*

La cláusula se refiere a la posibilidad de gestionar cuestionarios de salud a modo de árbol de decisión. De nuevo si la mesa considera que no ha quedado debidamente acreditado la posibilidad exigida deberá otorgar un plazo para la correspondiente aclaración de la oferta.

Por todo ello, el motivo de recurso debe ser estimado.

Finalmente el órgano de contratación se refiere a otros posibles incumplimientos pero como no han sido recogidos en el Acuerdo de la Mesa no procede alegarlos en este momento, sin perjuicio de recordar una vez más que el no incluir la mención expresa al cumplimiento de requisitos establecidos en el PPT no supone un incumplimiento motivador de la exclusión puesto que los Pliegos vinculan a ambas partes y deben ser cumplidos en todos sus términos.

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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don A.V.F., en nombre y

representación de Servicios de Teleasistencia, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 9 de abril de 2019, por el que se le excluye de la licitación del contrato “Servicio de Telemonitorización de pacientes con Epop y/o Insuficiencia Cardíaca del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, nº expediente A/SER-005067/2019, anulando el Acuerdo exclusión y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior, para conceder a la recurrente un plazo de aclaración de su oferta exclusivamente respecto de los requisitos: *“posibilidad de gestionar cuestionarios de salud, a modo de árbol de decisión, y la recogida manual de valores”* y marcado CE de los equipos ofertados.

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.- La anulación de la adjudicación implica necesariamente el levantamiento de la suspensión acordada por el Tribunal el 8 de mayo de 2019.

Cuarto.- 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 59.1 de la LCSP.