

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

En Madrid, a 8 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Ferrovial Servicios, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, por la que se acuerda la renuncia a la celebración del contrato de “Servicios de Telemonitorización de Pacientes con Patología Crónica (Epoc Y/O Insuficiencia Cardíaca)” para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón 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 la 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.- Con fecha 16 de marzo de 2020, la representación de la empresa Ferrovial Servicios, S.A. (en adelante, Ferrovial), presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación con el acto de exclusión de su oferta del procedimiento, *“por no cumplir con los requisitos exigidos al ADJUDICATARIO en el PPT”*, con fecha 24 de febrero de 2020, notificándose el día 25 de febrero mediante la publicación del acta.

Con fecha 2 de junio de 2020, se recibió en el Tribunal Resolución de Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de fecha 27 de mayo de 2020 por la que *“RENUNCIA a celebrar el contrato: SERVICIOS TECNOLÓGICOS DE TELEMONTORIZACIÓN DE PACIENTES CON PATOLOGÍA CRÓNICA (EPOC Y/O INSUFICIENCIA CARDIACA), Nº Expediente: A/SER-005067/2019, convocado mediante Resolución de 11 de febrero de 2019”*.

El Tribunal mediante Resolución 103 /2020 de 18 de junio, señala que *“no siendo el motivo de recurso esta renuncia, este Tribunal declara concluso el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, por pérdida sobrevenida del objeto del contrato”* por ello acuerda *“Declarar concluso por pérdida sobrevenida de su objeto, el recurso interpuesto por la representación de la empresa Ferrovial Servicios, S.A., contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “Servicios de Telemontorización de Pacientes con Patología Crónica (EPOC Y/O Insuficiencia Cardíaca)” para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón A/SER-005067/2019”*.

Tercero. - Con fecha 17 de junio de 2020, la representación de la empresa Ferrovial presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, por la que se acuerda la renuncia a celebrar el contrato. Alega que la

renuncia se ha realizado estando suspendo el procedimiento de contratación y además la inexistencia de interés público que motive la renuncia por las razones que expone.

Del escrito de recurso se dio traslado al Órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56. 2 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). El Órgano de contratación en el informe solicita la desestimación del recurso explicando que se han cumplido los requisitos y que existe causa de interés público para la renuncia.

Cuarto.- No se ha dado trámite de audiencia puesto que no existen otros interesados en el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en relación al artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una licitadora *“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”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues habiéndose notificado la resolución impugnada el 1 de junio de 2020, el recurso interpuesto el 17 de junio se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de renuncia 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, en tanto en cuanto la renuncia constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

Quinto.- Respecto del fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la renuncia a la celebración de un contrato por razones de interés público y que la figura aparece regulada en el artículo 152.3 de la LCSP y debe recordarse, como señala el TACRC en su Resolución 479/2019 que *“El precepto recoge dos instituciones distintas, la renuncia y el desistimiento, como hemos manifestado en reiteradas ocasiones por este Tribunal. La renuncia, a diferencia del desistimiento, supone un cambio en la voluntad de la Administración de contratar la prestación, por razones de interés público y, por ello, es un acto de contenido discrecional. Ha de ser acordado –al igual que el desistimiento– antes de la adjudicación del contrato, para evitar lesionar derechos y no meras expectativas, y precisamente por su carácter discrecional el artículo 152.3 de la LCSP introduce como cautela, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, las prohibiciones al Órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia. Por el contrario, el desistimiento tiene un contenido por completo diferente, 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. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, 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 hasta su adjudicación; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto. En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que: “se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”. En idénticos términos se pronuncia la Resolución de este Tribunal 697/2018 dictada en el recurso 622/2018.”

En el caso analizado como ya se ha señalado nos encontramos ante una renuncia del contrato adoptada por Resolución del Director Gerente del Hospital por la causa de interés público que posteriormente se examinará.

La recurrente alega en primer lugar que “*el Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón ha dictado la Resolución recurrida estando suspendida la tramitación del expediente de contratación*” por acuerdo de este Tribunal de 14 de mayo de 2020.

El Órgano de contratación expone que la suspensión del procedimiento, notificada por el TCAP de la Comunidad de Madrid, tiene por objeto evitar que con la formalización del contrato se puedan consolidar situaciones de ilegalidad e impedir que se causen perjuicios a los interesados afectados. Si la Resolución de Renuncia a celebra el contrato se ha efectuado estando suspendido el procedimiento se debe a que la misma no forma parte del procedimiento y su finalidad es la protección del interés público.

El Tribunal considera que la suspensión acordada se refiere al procedimiento de contratación. Dado que tanto la renuncia como es el desistimiento son formas extraordinarias de terminación de ese procedimiento, sería absurdo obligar al Órgano de contratación a continuar los trámites para finalmente acordar el desistimiento o la renuncia, sobre todo si se conoce desde un momento anterior a la adjudicación la existencia de causas motivadoras de una u otra decisión.

El artículo 152. 2 establece que la decisión de desistimiento o de la renuncia podrán acordarse antes de la formalización del contrato por tanto debemos concluir que el Órgano de contratación puede adoptar la decisión incluso estando suspendida la tramitación del procedimiento, al constituir un terminación anticipada y extraordinaria del mismo que a de fundarse en las causas previstas en el artículo citado.

Por lo tanto, el motivo de recurso debe ser desestimado

La recurrente como segundo motivo de impugnación expone que “la cuestión se centra en determinar si concurren o no en el supuesto analizado, y si se han justificado adecuadamente en el expediente, las “razones de interés público” que puedan justificar la renuncia al Contrato por parte del Órgano de contratación, dado que este es el requisito esencial para que se pueda proceder a la renuncia a un contrato aún no adjudicado, pero en pleno proceso de licitación, con arreglo a la normativa legal vigente”.

En ese sentido añade que “ni la Resolución recurrida ni el Informe-propuesta elaborado por el Jefe del Servicio de Neumología, de 26 de mayo, concretan en modo alguno qué tipo de prestaciones “sanitarias” adicionales tendrían que incluirse en la nueva licitación, ni contiene estudio, gráfico o análisis alguno que justifique la conveniencia de incluir otro tipo de prestaciones diferentes a las incluidas en los pliegos actuales. No podemos olvidar que el servicio objeto de la presente licitación consiste en telemonitorizar a pacientes con patologías crónicas (EPOC y/o

insuficiencia cardíaca) de forma que se pueda realizar un seguimiento continuo de los pacientes en su hogar, así como dar una respuesta inmediata ante una alerta que precise activar diferentes niveles según la gravedad”.

Por otro lado expone que “Otro mecanismo que ha sido utilizado por las Administraciones Públicas y entidades del sector público durante este periodo de crisis sanitaria ha sido el de la modificación contractual, prevista en el artículo 205.2, letra b) de la LCSP, para circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles, esto es, aplicable si se produjera un rebrote del covid-19 pudiendo incrementar las prestaciones técnico-sanitarias previstas en la presente licitación con las limitaciones expresadas en el meritado precepto”

El Órgano de contratación por su parte argumenta que “No cabe duda que, en las actuales circunstancias, el objeto del contrato, tal como estaba contemplado inicialmente, ha decaído. Su ejecución requiere del concurso de personal técnico y asistencial, con los perfiles adecuados para realizar la prestación; no estando dicho personal, ni sus costes, contemplado en el importe de licitación de este expediente, lo que es claramente insuficiente para su correcto cumplimiento en base a las actuales circunstancias.

Alega la recurrente que no se señalan qué tipo de prestaciones “sanitarias” adicionales tendrían que incluirse en la nueva licitación, ni tampoco las condiciones técnicas. Al respecto, indicar que a los protocolos actuales se está trabajando en la configuración y diseño de protocolos que se aplicarán en la ejecución de este contrato y que los mismos aún no están terminados, pues en su elaboración concurren diversos organismos. Dichos protocolos determinarán las condiciones técnicas, de infraestructura y de equipos humanos para atender a los pacientes y que se desarrollarán en el nuevo Pliego.

No olvidemos que al colectivo al que se dirige este contrato, por su vulnerabilidad, es uno de los que se han visto afectados por las consecuencias de esta pandemia, de ahí que debemos tomar todas las medidas necesarias encaminadas a garantizar, ya no sólo que se cumplen los objetivos que se

pretendían alcanzar con este contrato, sino, sobre todo, garantizar en mayor grado la integridad personal de los pacientes a los que va dirigido.

Dicha garantía, entiende el responsable del contrato, y por extensión este Órgano de contratación, se pretende alcanzar estableciendo unos requisitos y condiciones en la ejecución del contrato mucho más exigentes, y que consideramos que no se cumplen con las condiciones definidas en el actual contrato, de ahí que se haya renunciado al mismo”.

Para resolver la cuestión debemos remitirnos al informe propuesta del Jefe de Servicio de Neumología que ha servido de base y fundamentito de la Resolución impugnada. El informe se refiere la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, *“ha adquirido niveles desconocidos en nuestra historia reciente, tanto en el ámbito sanitario como en todos los sectores con los que está estrechamente relacionado”.*

Se explica que *“Uno de los expedientes que sin lugar a dudas ha sufrido un impacto notable en cuanto a sus elementos esenciales es el expediente: A/SER-005067/2019 tramitado para la contratación de SERVICIOS TECNOLOGICOS DE TELEMONITORIZACION DE PACIENTES CON PATOLOGIA CRONICA (EPOC Y/O INSUFICIENCIA CARDIACA), que en el escenario actual es obsoleto por los motivos que exponemos a continuación:*

1.- El objeto del mismo era la contratación de servicios tecnológicos de telemonitorización de salud, con la finalidad de conseguir una detección temprana de exacerbaciones que incluye un programa de telemonitorización para la gestión de las patologías crónicas de la Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica y /o la Insuficiencia cardíaca. Incluye asimismo, la prestación de la formación suficiente a los pacientes y/o cuidadores en cuanto a la utilización de equipos y una coordinación entre el adjudicatario del contrato y los servicios asistenciales. El contenido del objeto tenía carácter meramente técnico de apoyo y seguimiento a los pacientes, con intervenciones para entregar equipos y formar a los pacientes en el manejo de los mismos. además de hacer un seguimiento meramente técnico de su patología,

no incluyendo ningún tipo de actuación de carácter sanitario en cualquiera de los procesos; por asumirlo el centro sanitario de referencia, en este caso el Hospital General Universitario "Gregorio Marañón".

En este momento, es imprescindible incluir dentro del objeto del contrato tareas de apoyo sanitario, que deberá ser prestado por el adjudicatario, y que deberá contar con profesionales con perfiles adecuados que sirvan para procurar este tipo de asesoramiento y asistencia a los pacientes incluidos en este proyecto de telemonitorización.

El motivo de esta necesidad se debe a que, en el momento actual, se han reforzado los protocolos de seguridad asistencial, afectando a todo el personal que compone el servicio de neumología que estaba destinado a realizar este seguimiento, debe estar en reserva para poder actuar en caso de un repunte o rebrote de la enfermedad derivada de la pandemia. Como consecuencia la colaboración socio-sanitaria prevista en estos pliegos vigentes es obsoleta, porque debe ser más amplia al incluir necesariamente otras prestaciones.

2.- Relacionado con la pandemia, también hay que incluir en los requerimientos técnicos una serie de protocolos de seguridad que deben cumplir los licitadores, y que afectan tanto al propio personal de la empresa en su contacto directo con los pacientes, como a protocolos que deben cumplir el personal de la empresa adjudicataria y que en el Pliego técnico que rige el actual expediente no se contemplaban, ya que únicamente se exigían de los licitadores que dispusieran de equipos humanos de soporte para formar a los pacientes en la utilización de los medios técnicos que precisan para monitorizar su patología, para dar soporte telefónico y solucionar los problemas o incidencias de los equipos. Además, deberemos incluir en el mismo objeto, el requerimiento de que los licitadores dispongan de materiales de protección individual de acuerdo con nuestros protocolos.

3.-Por otro lado, es preciso que seamos más explícitos y rigurosos en cuanto a las condiciones técnicas, de infraestructuras y de equipos humanos que serán precisos para atender a los pacientes, teniendo en cuenta lo que nos exige la situación actual.

4.-Deberemos incluir protocolos de higienización concretos para los equipos entregados, que contemplen formas de verificación.

5.-Intrínsecamente relacionado con esto. y fruto de esta situación se ha considerado absolutamente necesario la inclusión de solvencias técnicas específicas reforzadas, que incluyan una acreditación por los licitadores de disponer de medios suficientes para responder los posibles brotes que pueden surgir al largo de los próximos meses”.

A la vista del informe propuesta queda claro, a juicio del Tribunal, que en la situación de pandemia provocada por el COVID- 19, el expediente de contratación que analizamos resulta de alguna manera afectado, puesto que se refiere a pacientes que tienen la consideración de grupos de riesgo.

Por tanto, resulta razonable considerar que el establecimiento de determinados protocolos de actuación relativos a estos pacientes que se hayan adoptado o puedan ser adoptados en el futuro, impliquen modificaciones o cambios sustanciales en las prestaciones y exigencias del contrato.

Ahora bien, si esas modificaciones y cambios tienen un carácter esencial y deben suponer una renuncia al contrato o pueden abordarse mediante la modificación del mismo, sin olvidar que esa posibilidad debe estar prevista en el Pliego, es una cuestión de carácter técnico y asistencial sobre la que el Tribunal no puede pronunciarse teniendo en cuenta que el artículo 28 de la LCSP establece que les corresponde a las entidades públicas determinar claramente sus necesidades y la forma de satisfacerlas.

En este sentido, la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-440/13), señala que: *“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”.

No cabe ninguna duda que en el presente supuesto se han alterado las circunstancias de hecho que dieron lugar al inicio de la licitación, por una situación inédita de carácter sanitario y de salud pública que el informe expone de forma razonada, sin que sea preciso que se incluyan en el mismo los términos exactos en que se pueda llevar a efecto una nueva licitación, términos que pueden no estar fijados en este momento.

Por todo ello debemos concluir que, teniendo en cuenta esas circunstancias, la decisión está suficientemente justificada y motivada, al ser necesaria en el futuro una modificación de los Pliegos para satisfacer las necesidades del Órgano de contratación.

En consecuencia, el recurso 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 interpuesto por la representación de la empresa Ferrovial Servicios, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, por la que se acuerda la renuncia a la celebración del contrato de “Servicios de Telemonitorización de Pacientes con Patología Crónica (Epoc Y/O Insuficiencia Cardiaca)” para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón 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 59.1 de la LCSP.