

**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 F.S.S., en nombre y representación de Tunstall Ibérica, S.A.U., 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 Cardiaca 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 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.- 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. (en adelante, TUNSTALL), Servicios de Teleasistencia, S.A. y Ferrovial Servicios, S.A.

El Acuerdo fue notificado el 11 de abril de 2019.

Tercero.- El 26 de abril de 2019, la representación de Tunstall presentó recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, 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 (en adelante, 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. (en adelante, LINDE), propuesta como adjudicataria del contrato, de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

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, publicado el día 11 de abril fecha en la que la recurrente se da por notificada, e interpuesto el recurso el día 26 de abril, 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 Tunstall las siguientes:

“1.- *En relación con las exigencias contempladas en la cláusula 3: CONDICIONES ESPECÍFICAS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO, en la que se indica:*

La instalación del equipo en el domicilio de la persona solicitante deberá ser realizada en un plazo de 5 días naturales a contar desde la fecha de notificación del alta. El paciente deberá disponer de un justificante de la instalación con el número de serie del aparato.

No se hace mención a su compromiso de dar un justificante al paciente con el número de serie de los equipos, como se solicita en los pliegos.

2.- En relación con las exigencias de la cláusula 5: PLATAFORMA TECNOLÓGICA, en la que se exige:

El adjudicatario deberá tener capacidad de respuesta para organizar servicios a corto plazo, así como para poner en marcha servicios imprevistos o de contingencia garantizando la continuidad ininterrumpida del servicio. Se deberá garantizar dos niveles de almacenamiento de datos y capacidad de reenvío automatizado, ante problemas en las comunicaciones: en primer lugar, en los propios dispositivos instalados en los domicilios y, en segundo lugar, en la plataforma de gestión del proveedor, garantizando el reenvío selectivo o masivo en un intervalo de tiempo.

Ofrece ‘una infraestructura de servidores virtuales se encuentra la recuperación rápida en caso de fallo. Por otro lado, de forma continua y automática, se realiza una copia de seguridad de todos los datos de los servidores virtuales, pudiendo restaurarse su información en pocos minutos si fuese necesario’ pero no especifican que se garantice el almacenamiento de datos local (en los propios dispositivos instalados en los domicilios) y capacidad de reenvío automatizado, ante problemas en las comunicaciones como se requiere en el pliego”.

La recurrente alega respecto al primer motivo que “En la página 34 de la documentación técnica presentada y que se adjunta como DOCUMENTO Nº 4, se incluye una descripción detallada del proceso PR04 ‘VISITA DE INSTALACIÓN DEL SERVICIO’, en la que se incluye de forma expresa:

(...)

2) Junto con el kit se le hace entrega también de un manual de usuario con toda la información necesaria, tanto para realizar un uso adecuado de la tecnología, como para resolver los problemas técnicos más comunes.

Se adjunta como prueba de la entrega de un justificante y de la firma del recibí, el manual de usuario que entrega Tunstall Ibérica que contiene una página prevista para la firma por parte del paciente al que se le entrega el Kit y el resto de documentación (...). El justificante - recibí que se entrega en la visita domiciliaria incluye el código de identificación del Kit médico entregado. El código de identificación del Kit médico entregado garantiza la trazabilidad de todos los productos médicos asociados al éste y referidos en la etiqueta también entregada en esta visita de acuerdo con la norma establecida por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS).

Como el órgano licitador debe saber, para poder entregar un Kit médico de estas características, la empresa que realiza su entrega, debe estar en posesión de la Licencia Sanitaria de Agrupación otorgada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS). Para obtener esta licencia es un requisito obligatorio y recogido en la legislación de referencia, entregar junto con el Kit una etiqueta en la que aparecen no solo los números de serie de los equipos sino otra información relevante sobre todos los elementos que componen el Kit, por lo tanto el hecho de estar en posesión de dicha licencia hace que implícitamente para Tunstall Ibérica sea obligatoria en base a la legislación vigente que se entregue dicha etiqueta junto con el Kit y que basándonos en un conocimiento estricto de la legislación de aplicación esta información está completamente justificada en la documentación técnica entregada en la propuesta”.

Por contra el órgano de contratación opone que “en la documentación aportada no figura ningún tipo de justificante, como se puede comprobar objetivamente, considerado este defecto como no subsanable ni interpretable como más adelante se justificará. Este requisito es absolutamente necesario, para que el centro sanitario a través de sus responsables haga un seguimiento de calidad de los equipos depositados. La justificación que hace la empresa es que dispone de una etiqueta que la normativa exige en los equipos y que en figura el número de serie en un Manual que se entrega al paciente. En absoluto debe admitirse ninguna de las dos justificaciones planteadas por Tunstall. Por un lado una mera etiqueta no puede sustituir el justificante que se solicita expresamente en los PPT. No se trata de tener el número de serie de los equipos. Sino que como hemos indicados, se trata de un

control organizativo que ha previsto este órgano de contratación para hacer un seguimiento del cumplimiento del contrato en cuanto a la calidad, idoneidad y plazos de estas entregas.

Por otro lado, este manual al que hace referencia en su alegato la recurrente, no está en su oferta, como puede comprobarse, y lo aporta a posteriori en el recurso presentado. Tampoco incluye en la oferta contiene esta explicación alternativa de esta exigencia. En el PPT se exige un justificante, no se exige un modelo concreto y reiteramos que la empresa no lo aporta. Por lo que entendemos que claramente la recurrente está modificando la oferta a través del recurso presentada incluyendo documentos no aportados en su oferta inicial, y explicaciones no aportadas y que modifican la misma.

Añadimos además que no pueden tenerse en cuenta estos documentos aportados por ser extemporáneos y vulnerar el principio de transparencia e igualdad que rigen la contratación pública

Este defecto no podía subsanarse porque la subsanación de errores debe circunscribirse a la falta de acreditación de un defecto. No su absoluta falta. Se infiere claramente que no es un error formal o material que requieren una mera aclaración sino que su subsanación traería consigo, de permitirlo, una nueva redacción de la oferta, vulnerando los principios generales de la contratación aludidos en párrafos anteriores. Se trata de omisiones referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación”.

Por su parte LINDE, en su escrito de alegaciones afirma “La recurrente intenta justificar las omisiones en su oferta, alegando que su compromiso de dar un justificante al paciente con el número de serie de los equipos se encuentra implícito al haber aportado como anexo a la oferta el manual de usuario que Tunstall Ibérica, S.A.U. entrega al paciente y que contiene una página prevista para la firma por parte del paciente.

Hemos examinado dicho manual de usuario y constatamos que lo que firma el paciente de acuerdo con la referida página prevista para su firma contenida en el manual de usuario de Tunstall Ibérica, S.A.U. es un código del KIT, pero no el

número de serie de los equipos entregados al paciente. Se copia a continuación la página prevista para la firma por parte del paciente incluida en el manual de usuario de Tunstall Ibérica, S.A.U. en la que se constata que no consta el número de serie de los equipo, sino que sólo consta un código del KIT de telemonitorización:

'En la visita domiciliaria:

- He recibido el KIT de telemonitorización con el código _____
- He recibido los manuales y guías rápidas necesarias para un uso adecuado de la tecnología y poder resolver los problemas técnicos más comunes.
- He sido formado en el manejo del kit de telemonitorización
- Se ha realizado una medición de prueba para confirmar su correcto funcionamiento.

En _____ a ____ de ____ de ____

Código usuario: _____ DNI Técnico: _____

Firma: Firma:'

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.

En este caso, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece específicamente que "*El paciente deberá disponer de un justificante de la instalación con el número de serie del aparato*".

Comprueba el Tribunal que la oferta de Tunstall indica: "1) *El personal técnico de soporte en domicilio es el encargado de entregarle el kit al paciente dentro del plazo de 5 días naturales a contar desde el alta del paciente. Es en este momento*

en el que se realiza la asociación entre el kit y el paciente para que todas las mediciones enviadas por ese kit se asocien a ese paciente. Esta asociación se realiza en la plataforma ICP triagemanager.

2) Junto con el kit se le hace entrega también de un manual de usuario con toda la información necesaria, tanto para realizar un uso adecuado de la tecnología, como para resolver los problemas técnicos más comunes”.

Por tanto, consta expresamente que se le hace entrega de un manual de usuario. Como señala la empresa alegante, en el manual consta el modelo documento de recepción del kit, en que se hace constar el nº de código del kit.

La cuestión por tanto es si en ese número de código se encuentra o puede deducirse el número de serie del aparato, que es el requisito establecido en el PPT.

La recurrente explica que la ficha descriptiva del proceso “AGRUPACIÓN Y TRAZABILIDAD -SD04-FP” y la INSTRUCCIÓN TÉCNICA DE AGRUPACIÓN SD04 IT01, así como un ejemplo de la ETIQUETA DE COMPONENTES, constituyen la información necesaria para demostrar que se cumple el requisito.

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 o la existencia previa de unas determinadas características del servicio ofertado y no de subsanar la oferta.

En este caso el hipotético cambio de la oferta, alegado por el órgano de contratación, es imposible puesto que lo que debe solicitarse es la aclaración de los procedimientos ofertados con aportación de las justificaciones necesarias, de tal manera que se pueda deducir claramente y no por omisión si el requisito exigido se cumple.

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

Respecto al segundo motivo de exclusión, relativo a la exigencia del PPT: “Se deberá garantizar dos niveles de almacenamiento de datos y capacidad de reenvío automatizado, ante problemas en las comunicaciones: en primer lugar, en los propios dispositivos instalados en los domicilios y, en segundo lugar, en la plataforma de gestión del proveedor, garantizando el reenvío selectivo o masivo en un intervalo de tiempo”.

Considera la Mesa que no cumple con la exigencia puesto que “no especifican que se garantice el almacenamiento de datos local (en los propios dispositivos instalados en los domicilios) y capacidad de reenvío automatizado, ante problemas en las comunicaciones como se requiere en el pliego”.

La recurrente opone que ‘precisamente’ la descripción del proceso que realizan los terminales a la hora de enviar los datos a la plataforma y que se encuentra documentada pormenorizadamente en la página 101. Apdo. 4.3.3 Procedimientos proactivos: Proceso de comunicación, descripción de ‘Servicio de envío de lecturas al servidor’. En el citado apartado de la Documentación técnica aportada como parte de la propuesta de Tunstall Ibérica, SAU se describe la capacidad de almacenamiento del ‘terminal’ y el envío sucesivo (entiéndase reenvío) en el caso de existir problemas de comunicación. Tal y como se describe en ese apartado, cada vez que el paciente realiza una entrevista (=toma de datos) esta se almacena temporalmente en el “terminal” (este es el modo local que suscriben en la observación) y que cuando hay conexión con la plataforma envía estos datos, también detalla que si existe cualquier problema y los datos no llegan a la plataforma estos quedan almacenados en el terminal, hasta que exista una comunicación efectiva en la que la plataforma reciba dichos datos.

Este sería el proceso de reenvío automatizado que según la observación no se encuentra en la documentación aportada por Tunstall Ibérica SAU”.

El órgano de contratación en su informe argumenta que: “*La licitadora oferta un almacenamiento temporal en los dispositivos limitado al tiempo necesario a que el servicio de lecturas compruebe que está pendiente y lo almacene en una nube hasta su reenvío a un servidor. Por motivos de seguridad, (se trata de datos especialmente sensibles los relativos a la salud de los pacientes), se ha exigido expresamente en los PPT que haya un primer nivel de almacenamiento en el dispositivo y que el envío se haga automáticamente a un servidor de manera que no queden en la nube almacenados. Tampoco se incluyen especificaciones técnicas sobre la nube. Y en cualquier caso, la utilización de este medio está sujeto a una previa autorización por los Servicios Centrales del SERMAS. Esta exigencia objetiva no es limitativa de la concurrencia, y no ha sido recurrida, por lo que debe cumplirse.*

A posteriori de nuevo, Tunstall pretende en el recurso que se admita una alternativa que no cumple con los requerimientos mínimos, porque no dispone de los dispositivos requeridos.”

LINDE, aduce que: “*La recurrente alega que ‘cada vez que el paciente realiza una entrevista (=toma de datos) esta se almacena temporalmente en el ‘terminal’ (este es el modo local que suscriben en la observación) y que cuando hay conexión con la plataforma envía estos datos’.*

Entendemos que la descripción de la capacidad de almacenamiento temporal del terminal que Tunstall Ibérica, S.A.U. incluyó en su propuesta no cumple con el requerimiento de garantizar el almacenamiento de datos local definido en los pliegos. Dicha omisión respecto a la garantía de almacenamiento de datos local en los propios dispositivos instalados en los domicilios por parte de Tunstall Ibérica, S.A.U. constituye un claro y evidente incumplimiento del PPT, así como un incumplimiento del deber de diligencia en la redacción de la oferta, y son motivos de exclusión suficientes”.

De nuevo se observa que pueden existir dudas respecto al alcance de la oferta de la recurrente en cuanto a la garantía del almacenamiento de datos pero de las características expuestas no puede deducirse que haya un incumplimiento del PPT porque se ofrecen dos niveles de almacenamiento y se dice expresamente que

existe una capacidad de almacenamiento en el terminal por lo que debe concluirse que se ha cumplido la exigencia del PPT.

Debe resaltarse que el PPT carece de precisión en su términos, “*garantizar dos niveles de almacenamiento*”, “*garantizando el reenvío*” por lo que a posteriori no se puede exigir lo que no se ha determinado en el Pliego.

En consecuencia, el motivo de recurso debe ser estimado.

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 F.S.S., en nombre y representación de Tunstall Ibérica, S.A.U., 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 Cardiaca 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 del requisito: “*el paciente deberá disponer de un justificante de la instalación con el número de serie del aparato*”.

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.