

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

En Madrid, a 6 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Ferrovial Servicios, S.A. contra la resolución por la que se adjudica el contrato “Servicios de Telemonitorización de Pacientes con Patología Crónica (Epoc y/o Insuficiencia Cardiaca) del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, expediente A/SER-005067/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la 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 con un plazo de duración de 12 meses.

Segundo.- El 27 de septiembre de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ferrovial Servicios, S.A. contra la Resolución de adjudicación del contrato de referencia, por improcedencia de la aceptación de la justificación de la adjudicataria y falta de motivación del informe técnico que sirvió de base para su aceptación.

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.

Mediante Acuerdo de 17 de octubre de 2019, este Tribunal concedió acceso al expediente, en concreto a la justificación de la baja temeraria presentada por la adjudicataria, que había sido declarado confidencial. Con fecha 21 de octubre se personaron ante el órgano de contratación accediendo a la parte del expediente señalada.

Con fecha 24 de octubre el recurrente presentó ampliación del recurso especial de lo que, con esa misma fecha, se dio traslado al órgano de contratación para que presenten las alegaciones que consideren oportunas, sin que se hayan presentado alegaciones complementarias al informe inicial.

Tercero.- El 9 de octubre 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 (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 (RPERMC), 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 y su ampliación al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, que fueron presentadas en el plazo concedido.

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 clasificada en segundo lugar, *“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 27 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 la improcedencia de la aceptación de la justificación de la oferta del adjudicatario incurra en temeridad y falta de motivación del informe técnico que sirvió de base para su admisión.

El recurrente alega que en aplicación del artículo 149.4 de la LCSP, la justificación debería haber reflejado el ahorro que implicaría la prestación de dichos servicios, acompañar acuerdos con suministradores de productos que le permitieran alcanzar condiciones excepcionalmente favorables, ofrecer información acerca de lo novedosa que resulta su solución, acreditar el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social, laboral y de subcontratación, o justificación de la obtención de ayudas del Estado, justificación que no ha sido reflejada por Linde en el escrito de justificación.

Analiza cada uno de los puntos en que el adjudicatario basa su justificación considera que no hay ninguna justificación basada en un análisis económico detallado de las diferentes partidas, así como tampoco obra un desglose de costes particularizado respecto a la licitación que nos ocupa. Señala que el escrito de justificación realiza una exposición vaga, imprecisa y genérica, pero en modo alguno justifica los costes ofertados en la presente licitación, y mucho menos explica una bajada tan considerable del precio, que asciende a un 43,30%.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que teniendo en cuenta que el porcentaje de baja anormal en el que incurre la adjudicataria (1,53%), así como el criterio plasmado en numerosas Resoluciones de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, de que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea el porcentaje de baja en la que ha incurrido la oferta, ha considerado justificada la viabilidad de la oferta presentada

a la vista de la documentación aportada. Considera que el informe técnico del Jefe de Servicio de Neumología no necesita de una resolución reforzada que justifique pormenorizadamente y con el nivel de desglose que solicita la recurrente, puesto que no se trata de justificar una bajada del 43,30% como esgrime en su recurso, sino de un porcentaje de bajada mucho más pequeño, del 1,53% y que a la vista de la documentación aportada por la empresa este órgano de contratación ha considerado suficiente las justificaciones alegadas por esta empresa y teniendo en cuenta el informe emitido por los servicios técnicos el cual se basa en los siguientes puntos:

1. Precios ofertados o contratados por Linde en contratos de Servicios similares.
2. Rentabilidad de Linde.
3. Sinergias con otros servicios, con cierta similitud, que presta actualmente.
4. Herramientas de gestión de actividad por procesos implementadas. (OBJECT-FLOW).

Por su parte, el adjudicatario sostiene que presentó era un 1,53% más baja del límite fijado como máximo para incurrir en baja anormal, lo que traducido en términos económicos, a tenor del presupuesto base de licitación, representa un importe de 960,37 euros, IVA no incluido. Es decir, claramente se puede observar que la diferencia, desde un punto de vista proporcional, es muy exigua.

Añade que no se concreta ningún punto que le haya suscitado dudas a la entidad contratante, en referencia a su oferta, sino simplemente que está un 1,53% por debajo del límite fijado como máximo para incurrir en baja anormal, no exigiéndole que justifique ningún dato, o datos, en concreto. Es decir, la Mesa de Contratación no solicita las precisiones que considera oportuno que ha de justificar sobre la composición de la oferta; es más, tampoco la Mesa de contratación considera oportuno solicitar a nuestra representada ninguna aclaración al escrito de viabilidad de la oferta que presentó.

Respecto al 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 además 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 comparta 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.

Vistas las alegaciones de las partes y de acuerdo con la doctrina expuesta, procede comprobar que el informe justificativo de la baja temeraria y el informe del órgano de contratación que la admite contienen la suficiente motivación.

El informe justificativo de la baja temeraria se fundamenta en los siguientes apartados:

1. Precios ofertados o contratados por Linde Médica, S.L.U. en contratos o servicios similares.
2. Rentabilidad de Linde Médica en España.
3. Respaldo de un gran grupo multinacional: The Linde Group, ahora Linde PLC.
4. El ahorro que permite el procedimiento de los servicios prestados de que dispone Linde Médica, S.L.U. para ejecutar la prestación.
5. Las soluciones técnicas adoptadas y condiciones excepcionalmente favorables de que dispone Linde Médica SLU para prestar los servicios de telemonitorización.

Procede, por tanto, entrar en el análisis de cada uno de ellos.

Respecto a los contratos similares, señala que la telemonitorización es un desarrollo tecnológico novedoso del que no existen muchas referencias, acreditando dos contratos a un precio similar en dos hospitales. Señala que el precio en el Hospital San Juan de Dios de Sevilla es de 3,50 euros/paciente y que la oferta económica presentada ahora es de 1,99 euros por paciente al día. Sin embargo, a

continuación añade que en caso de cumplir con una serie de indicadores y objetivos de calidad de los servicios establecidos en el pliego, le permitirá incrementar la tarifa hasta 3,49 euros por paciente al día, al poder añadir a la misma una parte variable relacionada con dicho cumplimiento.

Respecto a esta justificación debe advertirse que, como señala el recurrente, la justificación debe estar referida a los datos ofertados (esto es, 1,99 euros por paciente), y no depender de eventos futuros que podrían producirse o no, y que podrían conllevar, en su caso, una subida de tarifa si se dieran una serie de circunstancias, que son incontrolables por el adjudicatario.

En lo referente al segundo criterio de justificación referente a las características de la empresa, detallando que atiende a más de 215.000 pacientes, con unas ventas de más de 70 millones de euros y 300 empleados, cabe señalar que estaríamos más en un supuesto de justificación de solvencia, que no añade nada a la justificación concreta de los precios ofertados en una concreta licitación.

Respecto al respaldo con que cuenta la recurrente de un grupo multinacional, no cabe sino reproducir los argumentos del anterior criterio justificativo.

Con relación al ahorro que permite el procedimiento de los servicios prestados de que dispone para ejecutar la prestación, lo fundamenta en dos apartados: Proyecto de ahorro en la compra de equipamiento y fungibles y en la economía de escalas.

Respecto al primero, señala que participa en un proyecto europeo de ahorro PPH (Product Portfolio Harmonization). Mediante este programa estima que conseguirá ahorros de 10 millones de euros en 3 años en compra de equipos y fungibles, correspondiendo 1,5 millones de euros de ahorros en España. A tal efecto, argumenta que estas condiciones favorables de compra reducen el nivel de costes y le permiten ofertar precios ajustados.

A este respecto hay que señalar que, si bien puede considerarse un criterio de ahorro de costes no determina ni justifica de manera clara la repercusión concreta, más allá de expectativas, que ello va a suponer en el presente contrato.

Respecto a la economía de escalas alude al beneficio que le reporta el hecho de pertenecer a un grupo multinacional con experiencia en servicios a domicilio: 1,8 millones de pacientes de terapias respiratorias domiciliarias y de telemonitorización a nivel global. Más de 215.000 de ellos en España. Añade que la estructura con la que cuentan en España para ejecutar estos servicios les permite minorar los costes fijos unitarios.

Esta justificación, sin embargo, no se plasma en cifras concretas de ahorro para la licitación que nos ocupa.

Finalmente, en cuanto a las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables, describe su herramienta “Object-flow” para la gestión de la actividad por procesos, la cual indica que le permitirá optimizar el servicio. Añade que en la actualidad realiza el servicio de terapias respiratorias domiciliarias (TRD) a más de 20.000 usuarios en la Comunidad de Madrid, y especifica las cifras de pacientes que tiene en los distintos Hospitales de la Comunidad de Madrid.

Nuevamente, se observa que centra el argumento en cifras concretas aplicables al presente contrato.

Por su parte, el informe del órgano de contratación respecto a la justificación aportada por la adjudicataria se centra en dos aspectos: Estudio comparativo y estudio de mercado.

Respecto al primero, acepta la justificación de la empresa en cuanto a los contratos suscritos por la empresa en cuanto a servicios similares y en cuanto al segundo acepta la similitud del precio ofertado con otros similares.

Respecto al informe justificativo de la baja temeraria hay que manifestar que se basa en unos argumentos tan genéricos que sería susceptibles de ser empleados para la justificación de cualquier baja temeraria en un contrato de estas características, con independencia de los precios de licitación acordados por el órgano de contratación.

El objetivo de la justificación de una baja temeraria no es otro que comprobar que la oferta o proposición son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir. En definitiva, se trata de realizar los cálculos de los componentes del precio que llevan a determinar la oferta y justificar los diferentes ahorros en su composición que permitan al órgano de contratación llegar al convencimiento de la viabilidad de la oferta de cara a garantizar una correcta ejecución del contrato.

Resulta sumamente complicada esa tarea para el órgano de contratación cuando a lo largo del informe justificativo no se aprecia el más mínimo cálculo numérico que justifique el ahorro, basándolo exclusivamente en argumentos genéricos, convirtiendo de ese modo su aceptación en una cuestión de fe, incompatible con el mínimo rigor exigible cuando se están gestionando servicios públicos.

El informe del órgano de contratación se limita a aceptar en un informe sucinto los argumentos genéricos del licitador, basándose en aspectos más relacionados con la solvencia de la empresa que con el concreto contrato que gestiona.

No es admisible justificar un informe tan liviano de argumentos en que la temeridad es solo de 1,53%, pues si bien es cierto que la exigencia de la justificación debe estar relacionada con ese parámetro, no lo es menos que nos encontramos en una baja incurso en temeridad, que en todo caso debe quedar plenamente justificada.

Por todo lo anterior, procede la estimación del motivo, retrotrayéndose las actuaciones y acordando la exclusión de la empresa adjudicataria al no quedar acreditada la viabilidad de su oferta.

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 en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Ferrovial Servicios, 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, en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Quinto.

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.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 de la LCSP.