



EB 2019/042

Resolución 083/2019, de 26 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso interpuesto por la empresa ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento del TAC simulador CT Lightspeed RT 16 del HUA – Sede Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de febrero de 2019 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. (en adelante, ALTHEA) contra los pliegos del contrato de “Servicio de mantenimiento del TAC simulador CT Lightspeed RT 16 del Hua-Sede Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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 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). Dicha documentación se recibió los días 27 de febrero y 1 de marzo.

TERCERO: Con fecha 5 de marzo, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 8/2019, acordando la suspensión del procedimiento.





CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados el 21 de marzo, se han recibido, el día 28 de marzo, las alegaciones de la empresa GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante GE), beneficiaria de la exclusividad impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de don E.F.R., que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, GE afirma que, dado que el contrato solo puede ejecutarse por una única empresa (lo que precisamente justifica el procedimiento negociado sin publicidad), ALTHEA carece de ella, ya que no tiene la posibilidad de ser adjudicataria. Esta alegación debe rechazarse. La legitimación para la interposición del recurso especial se caracteriza porque su hipotética estimación satisfaría un interés tangible del recurrente, distinto del mero cumplimiento de la legalidad (ver, por todas, la Resolución 40/2019 del OARC / KEAO); en este caso, la estimación de la impugnación supondría la cancelación de un procedimiento de adjudicación en el que no puede presentar una oferta y, muy probablemente, la tramitación de otro abierto a su concurrencia. Por ello, se considera que concurre el requisito de la legitimación activa para la interposición del recurso, sin perjuicio de lo que se señalará en la letra a) del Fundamento jurídico noveno sobre la impugnación de la adecuación del cálculo del precio del contrato.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.



TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

a) No consta en el expediente que el objeto del contrato, tramitado por el procedimiento negociado sin publicidad con base en el supuesto recogido en el artículo 168 a) 2º de la LCSP incluya ninguna actuación que afecte a la propiedad intelectual o industrial y que impida que el mantenimiento se realice por otro operador; asimismo, se cuestiona que el fabricante (GE) se “autodefina” como el único empresario capacitado para ejecutar la prestación.

b) En cuanto al contenido del certificado que figura en el expediente, que GE tenga la pericia técnica adecuada para ejecutar la prestación no le convierte en el único adjudicatario posible, ni se acredita que haya impedimento legal para que otra empresa mantenga los equipos; así, analizando la solvencia técnica exigida en los pliegos, la recurrente mantiene equipos similares o iguales al que



se refiere el contrato impugnado, aplica las operativas de mantenimiento de cada fabricante y dispone de un sistema logístico y un departamento de ingeniería adecuados.

c) El recurrente alega que no se ha calculado correctamente el precio del contrato, incumplándose lo dispuesto en los artículos 100 y 101.2 de la LCSP; ALTHEA señala que dicho incumplimiento tiene especial incidencia en un contrato que pretende adjudicarse sin licitación.

d) Finalmente, se solicita la anulación de la contratación.

SÉPTIMO: Alegaciones de GE

Por su parte, GE alega lo siguiente:

a) El objeto del contrato impugnado no es solo el mantenimiento de los equipos, sino la prestación del servicio en determinadas condiciones y sobre equipos de gran complejidad técnica; GE, como titular de la propiedad intelectual de los protocolos y del software del equipamiento, puede aplicar exactamente los procedimientos de mantenimiento preventivo y correctivo recomendados por el fabricante, en lugar de procedimientos generales recomendados por la industria, así como seguir exactamente las indicaciones del fabricante para la actualización continua de los protocolos clínicos de diagnóstico y de las versiones de software desarrolladas.

b) GE desmiente que la recurrente tenga experiencia en el mantenimiento de equipos iguales o similares, pues se refieren a equipos de diagnóstico, no de radioterapia.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

En síntesis, el poder adjudicador alega lo siguiente:



a) El poder adjudicador informó a la empresa que suministró el equipo de su intención de contratar el servicio de mantenimiento para comprobar si se compromete algún derecho de exclusividad, y la empresa informó de sus derechos de exclusividad aportando el certificado correspondiente que Osakidetza no puede dar más que por válido a todos los efectos, de modo que debe protegerlos y optar por un procedimiento de exclusividad; se alega que no se cuestiona que otras empresas puedan hacer tareas de mantenimiento hasta cierto grado, pero se duda que pueda hacerlas sobre elementos de software fuera de mantener lo que ya hay sin poder hacer modificaciones no aprobadas por la empresa propietaria, como pide el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

b) Osakidetza alega que el precio está calculado con base en las referencias de contratos anteriores; no se pueden desglosar costes directos e indirectos desde el momento en que no se sabe el alcance que tendrá cada intervención de mantenimiento correctivo, que es impredecible; tampoco tiene sentido el desglose salarial en cuanto se trata de un servicio esporádico y no continuado, y los trabajadores percibirán su salario en su empresa estén o no físicamente en el hospital, por lo que el coste salarial no es determinante del precio.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación se expresan las consideraciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso:

- a) Sobre la pertinencia del motivo basado en el inadecuado cálculo del precio del contrato

En síntesis, el recurso se basa en dos motivos de impugnación, la improcedencia de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad y el incorrecto cálculo del precio. Debe tenerse en cuenta que la hipotética desestimación de la causa fundada en la inadecuación del procedimiento supondría confirmar que el



recurrente no podría acceder a la adjudicación del contrato, por lo que le sería del todo punto indiferente cómo se fija su precio y carecería entonces del interés tangible que caracteriza la legitimación necesaria para recurrir este apartado de los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2019 del OARC / KEAO). Por el contrario, si se determinara la incorrección del procedimiento, ello conllevaría la cancelación de la licitación. La consecuencia más probable de ello sería la tramitación de un nuevo procedimiento con publicidad y concurrencia regido por nuevos pliegos; en ellos constaría el precio adecuado al mercado al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP (que no tendría que ser necesariamente igual al establecido en la licitación anulada) y que debería fijarse atendiendo a las nuevas condiciones, especialmente al hecho de que la adjudicación estaría abierta a una pluralidad de empresas (es decir, al mercado) y no a un único operador. Este nuevo contenido podría ser impugnado por cualquier operador económico legitimado para ello. Consecuentemente, en ningún caso procede que este Órgano se pronuncie sobre la pretensión relativa al inadecuado cálculo del precio del contrato.

b) Sobre la justificación de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad

El análisis de este motivo de recurso debe partir del siguiente contenido del expediente:

1) Memoria para expediente de contratación

3. PROCEDIMIENTO

Se trata de un contrato de servicios en que la empresa General Electric Healthcare España, S.A.U. ha justificado documentalmente sus derechos de exclusividad sobre el objeto del contrato, por lo que, teniendo en cuenta además la complejidad técnica de los equipos para lo cual la empresa dispone de personal específicamente preparado en relación con su mantenimiento, obliga a que se tramite el expediente en régimen de exclusividad.

En atención a la exclusividad descrita debe realizarse por el procedimiento negociado sin publicidad., según art. 168, a) 22 LCSP.



2) Certificado emitido por GE

GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA S.A.U. sita en C/Gobelas 35-37, 28023 Madrid con NIF A28061737

Certifica:

Que General Electric Healthcare España, S.A.U., es el único representante autorizado en España por el fabricante, para la comercialización, instalación y mantenimiento de todos los productos de GE Healthcare Europe.

GE Healthcare, como fabricante y prestador de servicios de mantenimiento del equipo original:

- ✓ Tiene la capacidad técnica para la **formación continua y actualizada de sus ingenieros de servicio de campo** e instruye a los mismos en centros de formación de GE Healthcare, dándoles, además de la formación inicial, formación de continuidad en todas las actualizaciones que puedan producirse a lo largo de la vida del equipo;
- ✓ Tiene la **pericia técnica** para el mantenimiento de los equipos diseñados y fabricados por GE Healthcare, utilizando para ello herramientas avanzadas que son propiedad intelectual del fabricante y que están diseñadas para minimizar el tiempo de reparación de los equipos;
- ✓ **Aplica exactamente los procedimientos** de mantenimiento preventivo y correctivo recomendados por el fabricante, en lugar de procedimientos generales recomendados por la industria;
 - ✓ Utiliza **repuestos originales GE**;
- ✓ Sigue las **indicaciones del fabricante para la actualización continua de los protocolos clínicos de diagnóstico y de las versiones de software desarrolladas**, utilizando para ello protocolos y software que son propiedad intelectual del fabricante;
- ✓ Tiene **acceso a su departamento de ingeniería** con el fin de resolver problemas complejos con los equipos;
- ✓ Tiene la capacidad de hacer **diagnóstico y mantenimiento remoto** de los equipos GE Healthcare [para equipos que permiten la conexión a distancia], utilizando herramientas que son propiedad intelectual del fabricante para hacer diagnósticos predictivos remotos de los equipos;
- ✓ Dispone de un **sistema logístico** que permite disponer en 24 horas, en la mayoría de los casos, de cualquier pieza o repuesto requerido para la reparación de los equipos.



En el expediente se justifica el uso del procedimiento negociado sin publicidad porque GE ha justificado documentalmente sus derechos de exclusividad sobre el objeto del contrato, a lo que se añade que se ha tenido en cuenta la complejidad técnica de los equipos para lo cual la empresa dispone de personal específicamente preparado en relación con su mantenimiento. El poder adjudicador considera que estos motivos se amparan en el artículo 168 a) 2º de la LCSP, que autoriza acudir al citado procedimiento cuando los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado por alguna de las razones que cita, entre las que figuran, por lo que es relevante al caso, la inexistencia de competencia por razones técnicas o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.4 a) de la LCSP, en el expediente debe justificarse la elección del procedimiento de adjudicación. A diferencia de lo que sucede en los procedimientos restringidos (salvo para los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento) y abiertos, que son de utilización ordinaria, este requisito es en este caso fundamental, pues los preceptos que facultan acudir al procedimiento negociado sin publicidad previa deben interpretarse de manera estricta, evitando que su contenido termine aplicándose a supuestos no claramente comprendidos en ella, y la concurrencia de los requisitos necesarios debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda aplicar este procedimiento (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, asunto C-385/02, ECLI:EU:C:2004:522, de 14-9-2004, apartado 19, y las que en ella se citan, así como las Resoluciones 106/2014 y 162/2018 del OARC / KEAO). En sentido análogo, el Considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece, entre otras cosas, que se trata de un procedimiento reservado a circunstancias muy excepcionales, limitadas a los casos en los que la publicación no es posible, como cuando está claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato, debiendo especificarse por qué no hay otras alternativas a este procedimiento; cuando la exclusividad se deba a razones técnicas, estas



deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular (por ejemplo, que solo un concreto operador puede alcanzar los resultados necesarios, o la necesidad de usar recursos al alcance de una única empresa), especificando tanto dichas razones técnicas como que estas hacen absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada (ver la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2005, C-394/02, ECLI:EU:C:2005:336, apartado 34, y las que en ella se citan).

Aplicada la citada doctrina al caso planteado, este Órgano entiende, por las razones que se exponen a continuación, que no está fundada la elección del procedimiento negociado sin publicidad previa, por lo que el motivo de impugnación debe aceptarse:

- 1) La argumentación del poder adjudicador se basa, en primer lugar, en que GE ha justificado documentalmente sus derechos exclusivos sobre el objeto del contrato. Esta justificación es una declaración de la propia GE, que se atribuye a sí misma la condición de único representante autorizado en España por el fabricante, para la comercialización, instalación y mantenimiento de todos los productos de GE Healthcare Europe. Sin perjuicio de si dicha autorización es o no estrictamente necesaria para la correcta ejecución del objeto del contrato (extremo que no se acredita), e incluso de si es o no compatible con el derecho de la competencia (ver, por ejemplo, el artículo 2.2 c) de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia), lo cierto es que se trata de un documento que difícilmente puede tener valor probatorio alguno frente a terceros. Además, aunque el resto de su contenido señala varios aspectos que podrían ser relevantes para la ejecución de la prestación e incluso que podrían hipotéticamente hacer ventajosa una posible oferta de GE (capacidad y formación técnica del personal, disponibilidad de herramientas avanzadas, aplicación de procedimientos específicos recomendados por el fabricante, sistema logístico, etc.), no se justifica que concurran únicamente en dicha empresa ni mucho menos que obliguen inexcusablemente a adjudicar el contrato sin promoción de concurrencia; por el contrario, son aspectos que pueden incluirse en las diferentes fases



de un procedimiento con publicidad (requisitos de solvencia, criterios de adjudicación...) o en el clausulado del contrato (prescripciones técnicas, condiciones de ejecución...).

- 2) El otro motivo alegado por Osakidetza es la complejidad técnica de los equipos; sin embargo, esta condición no implica, por sí sola, que la prestación solo pueda ejecutarse por un único empresario; además, deben aportarse explicaciones detalladas que demuestren la necesidad de recurrir a dicho único empresario (ver, por ejemplo, los apartados 21 y 22 de la sentencia C-385/02, antes citada), lo que el poder adjudicador no ha hecho.

c) Conclusión

A la vista de lo anterior, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. (en adelante, ALTHEA) contra los pliegos del contrato de “Servicio de mantenimiento del TAC simulador CT Lightspeed RT 16 del Hua-Sede Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza, anulando los pliegos y cancelando la licitación.



SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko apirilaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de abril de 2019