



EB 2019/060

Resolución 097/2019, de 27 de mayo, 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 Escáner Somatom Definition AS del HUA – Sede Txagorritxu de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de abril 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 la empresa ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento del Escáner Somatom Definition AS del HUA – Sede Txagorritxu de la OSI Araba”, 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 entre los días 11 y 24 de abril.

TERCERO: Con fecha 17 de abril, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 16/2019, acordando la suspensión del procedimiento.





CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados el 16 de abril, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D.C.L.A., que actúa en su nombre.

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 se “autocertifique” y autorice como representante oficial y exclusivo para vender, distribuir y mantener en España sus propios productos.
- b) En cuanto al contenido del certificado que figura en el expediente, se alega que el hecho de que SIEMENS siga los protocolos de mantenimiento del fabricante y cumpla con la Circular 3/2012 de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios no le convierte en el único prestador posible del servicio contratado. ALTHEA alega que mantiene equipos con tecnologías similares a la del equipo al que se refiere el contrato impugnado y aporta ejemplos de contratos de servicios similares adjudicados a empresas distintas del fabricante; el recurrente afirma disponer de capacidad y solvencia para ejecutar la prestación contractual y de un departamento de ingeniería, de un sistema logístico que permite cumplir con los pliegos y satisface también la Circular 3/2012.
- c) El recurrente alega que no se ha calculado correctamente el precio del contrato y que se han incumplido los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP; ALTHEA señala que dicho incumplimiento tiene especial incidencia en un contrato que pretende adjudicarse sin licitación y con ausencia de tensión competitiva.
- d) Finalmente, se solicita la anulación de la contratación.



SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

En síntesis, el poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) El contrato requiere mejoras y actualizaciones tecnológicas en sistemas de gran complejidad que solo puede aportar la empresa que ha instalado el equipo, por lo que la recurrente probablemente tendría que limitarse a actividades rutinarias de mantenimiento, sin poder acometer actualizaciones (con su propio plazo de garantía) que mejoren el producto o el servicio a los pacientes.
- b) 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 proteger derechos exclusivos (incluidos los de propiedad industrial o intelectual) y optar por un procedimiento negociado sin publicidad.
- c) Se alega que no se cuestiona que otras empresas puedan hacer tareas de mantenimiento hasta cierto grado, pero se duda que puedan 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).
- d) Los contratos que se aportan por la recurrente se certifican por los clientes privados, no se certifican por entidades públicas e incluyen solo el mantenimiento preventivo para clientes privados que priman el ahorro sobre la calidad.
- e) Osakidetza alega que el precio está calculado con base en las referencias del contrato de adquisición del equipo, en el que se exigía una valoración económica del mantenimiento una vez transcurrido el plazo de garantía; 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.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación, se expresan las consideraciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso, las cuales seguirán los criterios señalados en su Resolución 83/2019, que resuelve un supuesto muy similar:

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 del motivo de recurso debe partir del siguiente contenido de un documento con el membrete de SIEMENS HEALTHINEERS firmado por dos personas, una identificada como Director General y otra como Director Financiero, en ambos casos de SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U.:

Por la presente, certificamos que la empresa SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. con domicilio social en Avenida Leonardo da Vinci, 15 Getafe (Madrid) y CIF B- 60805769, es la sociedad perteneciente al Grupo de Siemens Healthcare GmbH autorizada para prestar los servicios de mantenimiento e instalación de los productos Siemens Healthcare, así como el representante oficial y exclusivo para la venta, distribución y mantenimiento para España de los productos Siemens Healthcare.

Conforme a nuestros procesos, el servicio técnico de SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. está debidamente cualificado y acreditado por el Centro de Formación de Siemens Healthcare GmbH bajo los estándares de calidad como fabricante de equipos médicos

Que, en consecuencia, el servicio técnico de SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. realiza los mantenimientos preventivos de los citados equipos siguiendo los protocolos de actuación indicados por el fabricante Siemens Healthcare GmbH, contando con los medios y recursos adecuados para realizar el mismo.

Que SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. cumple con lo establecido en la Circular 3/2012 emitida por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios que se extiende a todas las entidades de ámbito sanitario para el adecuado mantenimiento y conservación de los equipos con objeto de garantizar la seguridad al paciente y las prestaciones iniciales del equipo conforme el fabricante estipule.

El poder adjudicador justifica el uso del procedimiento negociado sin publicidad porque SIEMENS HEALTHCARE 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 en su informe de respuesta al recurso, 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 SIEMENS HEALTHCARE ha justificado documentalmente sus derechos exclusivos sobre el objeto del contrato. Esta justificación es una declaración suscrita por dos directivos de la citada empresa atribuyendo a esta la condición de la sociedad perteneciente al Grupo de Siemens Healthcare GmbH autorizada para prestar los servicios de mantenimiento e instalación de los productos Siemens Healthcare, así como el representante oficial y exclusivo para la venta, distribución y mantenimiento para España de los productos Siemens Healthcare. 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 su carácter autorreferencial hace que difícilmente pueda tener efectividad 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 SIEMENS HEALTHCARE (como la cualificación y acreditación del equipo técnico o los medios, recursos y protocolos de actuación para los mantenimientos preventivos), 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, deben aportarse además 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. contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento del Escáner Somatom Definition AS del HUA – Sede Txagorritxu de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.



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 maiatzaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de mayo de 2019