

Recurso 1/2020

Resolución 183/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de junio de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de mantenimiento integral del equipamiento de tomografía axial computerizada (TAC) de los Hospitales de Alta Resolución de Écija y Lebrija, dependientes de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir”, promovido por la citada Agencia Pública adscrita a la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía (Expte. 2019/PA-64-25), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de diciembre de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende 430.933,34 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 2 de enero de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U. (ALTHEA, en adelante) contra los pliegos que rigen la contratación citada.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 3 de enero de 2020, se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su resolución que tuvo posteriormente entrada en el Registro del Tribunal.

QUINTO. El 14 de enero de 2020, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

SEXTO. Mediante escrito de 13 de febrero de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al único licitador interesado en el procedimiento concediéndole un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiéndolas formulado la entidad GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (G.E., en adelante)

SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica 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.»*.

En el supuesto examinado, los motivos del recurso ponen de manifiesto que las bases de la licitación restringen las posibilidades de acceso de la entidad recurrente, razón por la que combate aquellas cláusulas de los pliegos que le perjudican. Es por ello que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, a través del eventual dictado de una resolución estimatoria de sus pretensiones, pretende remediar el perjuicio invocado.

TERCERO. El recurso se interpone contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.

El anuncio de licitación fue publicado el 13 de diciembre de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, facilitando el mismo el acceso a los pliegos y demás documentación objeto del presente recurso. Así pues, el escrito de impugnación presentado el 2 de enero de 2020 en el Registro del Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede entrar a examinar los motivos de fondo. La recurrente solicita que se acuerde la invalidez parcial de los pliegos impugnados y se deje sin efecto la convocatoria de la licitación. Funda su pretensión en dos motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En primer lugar, ALTHEA impugna la cláusula 4.4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) en el párrafo que señala que *“Durante el período de vigencia del contrato se instalarán en los equipos objeto del presente pliego todas las modificaciones de software y protocolos clínicos que afecten a los mismos sin coste adicional para la Agencia Sanitaria, incluyéndose en este concepto la mano de obra, desplazamientos y materiales que fuesen necesarios para efectuar dichas modificaciones. El licitador incluirá en su propuesta acuerdos con los fabricantes para la ejecución de estas prestaciones. El adjudicatario será responsable de las actualizaciones de los equipos objeto del mantenimiento. Se encargará en aquéllos en los que sea necesaria su reinstalación, así como de su elevación de versión”.*

Antes de examinar el motivo en el que ALTHEA fundamenta la impugnación de esta cláusula, hemos de analizar la alegación esgrimida por GE cuando, invocando la extemporaneidad del recurso, manifiesta que la redacción de dicha cláusula 4.4 del PPT es muy similar a la de los pliegos anteriores (cláusula 4.3 del



PPT) recurridos ante este Tribunal pero no en este extremo. A juicio de GE, no habiendo impugnado la recurrente este aspecto en el previo recurso, lo consintió y no puede hacerlo ahora en el nuevo recurso pues, lo contrario, sería abrir una vía permanente para impugnar cualesquiera extremos de los primeros pliegos que fueron conocidos y dados por válidos por la ahora recurrente.

La causa de inadmisión que sostiene GE ha sido acogida por este Tribunal (v.g. Resolución 408/2015, de 4 de diciembre), si bien no como extemporaneidad del recurso propiamente dicha, sino por tratarse el nuevo acto impugnado de la reproducción de un acto anterior definitivo y firme. En tal sentido, en la resolución citada declarábamos que *<< (...) si fuese permitido este proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en el pliego inicial y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, sino que podría reabrirse cada vez que concurrieran circunstancias como la aquí examinada, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.*

(...)Lo expuesto nos lleva a concluir que no es admisible el recurso especial frente a a las cláusulas del PPT impugnadas, tal como establece para los recursos jurisdiccionales el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, bajo el título <<Actos reproducción de definitivos>>, establece que “No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.” >>.

Pues bien, en el supuesto examinado, aun cuando GE no cita expresamente la resolución de este Tribunal que estimó un recurso anterior de ALTHEA contra los pliegos de un contrato con el mismo objeto, hemos comprobado que se trata de la Resolución 196/2019, de 19 de junio. No obstante, visto el tenor de la cláusula 4.3 del PPT de esa primera licitación, no es posible entender que la cláusula 4.4 del PPT actual objeto de la presente impugnación suponga una reproducción de aquella.

A tal efecto, la cláusula 4.3 del PPT anterior tenía una redacción similar a la actual cláusula 4.4 del PPT, pero precisamente omitía el párrafo que ahora se impugna en esta última.



Es más, como también hemos indicado, para aplicar la causa de inadmisión consistente en impugnación de un acto que sea reproducción de otro anterior definitivo, se exige identidad y no mera similitud entre ambos actos. Así, en nuestra Resolución 117/2018, de 4 de mayo, señalamos que *“(...) el examen de si concurre este supuesto de inadmisión del recurso, por tratarse los pliegos ahora impugnados -en los particulares extremos combatidos- de actos que son reproducción de pliegos anteriores ya firmes y consentidos, no puede abordarse con carácter general, sino ante el análisis de cada una de las cláusulas de los nuevos pliegos objeto de impugnación, debiendo, a la hora de aplicar este criterio, prestar especial atención al hecho de que dichas cláusulas no hayan experimentado modificación alguna en cuanto a su redacción en los nuevos pliegos recurridos, pues cualquier alteración en el contenido de la nueva cláusula respecto a la anterior definitiva y firme impediría apreciar la inadmisión de este recurso especial”*.

No procede, pues, acoger la causa de inadmisión del recurso alegada por GE, lo que impone que debamos entrar a analizar el alegato de ALTHEA de impugnación de la mencionada cláusula 4.4 del PPT.

Al respecto, manifiesta la recurrente que la aportación del certificado del fabricante se está exigiendo como un criterio de solvencia y no como un mero criterio de adjudicación, puesto que la no aportación del mismo se podría entender como un hecho que propiciaría la exclusión del licitador por no cumplir con los requisitos establecidos en el PPT.

Ello implica, a juicio de la recurrente, *“que se vulneran frontalmente los principios de libre competencia y no discriminación, toda vez que el propio fabricante, que es también potencial licitador, tiene la facultad de decidir no solo con quién suscribe los acuerdos de colaboración, sino también de certificarse a él mismo que está facultado para realizar la prestación de los servicios, limitándose injustificadamente las oportunidades de otras entidades con la aptitud suficiente para ejecutar el contrato*.

A nuestro entender, se deja en manos de una parte interesada en el proceso de licitación la posibilidad de que otros competidores queden apartados en el proceso por incumplimiento de un requisito que es totalmente innecesario para la prestación de los servicios objetos de este contrato. En este caso concreto, el fabricante sería el principal beneficiado, pudiendo decidir de manera unilateral mediante un proceso totalmente parcial los operadores que podrían concurrir a la licitación”.



Concluye, pues, que la exigencia de presentar acuerdos con el fabricante para la prestación de los servicios excede de los requisitos de solvencia previstos legalmente e impone, sin justificación alguna, un requisito indispensable para la ejecución de la prestación obstaculizando la concurrencia.

Frente a este alegato, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso señalando, con invocación de doctrina de este Tribunal, que la configuración del objeto del contrato corresponde al órgano de contratación y que si bien las prescripciones técnicas deben permitir el acceso en condiciones de igualdad, tal exigencia legal no puede erigirse en un impedimento insalvable para que el órgano de contratación pueda configurar el objeto contractual y sus características del modo más adecuado para la satisfacción de las necesidades públicas, siempre que tal descripción de la prestación esté motivada y pueda considerarse razonable y proporcional al fin perseguido, pues lo que prohíbe la ley es que se generen injustificadamente obstáculos a la libre concurrencia.

Continúa señalando que, dentro de la discrecionalidad de la que dispone para definir los criterios de adjudicación, ha buscado la obtención de una mayor calidad en las ofertas presentadas. Para ello, ha establecido como criterio de adjudicación la valoración del “mantenimiento remoto y actualización de software” que permite incluir como aspectos valorables acuerdos con los fabricantes para la ejecución de estas prestaciones. Insiste, pues, en que tales acuerdos no son un requisito de solvencia y su falta de aportación no se entiende como circunstancia que propiciará la exclusión del licitador; de este modo, esgrime que se puede presentar la oferta sin acuerdos concretos con fabricantes, debiendo, eso sí, dar respuesta a cómo se tiene previsto actuar para que el equipo disponga en todo momento de software y protocolo clínico actualizado.

Finalmente, GE, en sus alegaciones al recurso, aduce que el objeto del contrato es el mantenimiento integral de equipos de alta tecnología que integran un software y unos protocolos clínicos sobre los que es preciso realizar modificaciones y actualizaciones, de modo que su mantenimiento está conectado a tecnologías de evolución rápida. En tal sentido, alude a la importancia que la normativa tanto nacional como europea da a los fabricantes en el ámbito del mantenimiento de equipos médicos de alta tecnología, sin duda por la trascendencia que su buen estado tiene para los usuarios de la sanidad. De este modo, afirma que los acuerdos con fabricantes pueden repercutir de manera efectiva en el mantenimiento de los equipos, acortando los tiempos de parada y mejorando los tiempos de respuesta.



Por último, añade que *“Sin perjuicio de que, conforme a cuanto se ha señalado, no cabe cuestionar que el apartado 4.4 del PPT sea contrario a los principios generales de la contratación del sector público, aun en el hipotético supuesto de que se entendiera que sí lo es (extremo este que se acepta únicamente a efectos dialécticos), ello en modo alguno podría suponer dejar sin efecto la convocatoria del expediente de referencia, sino que podría argumentarse que no se están imponiendo estas acreditaciones oficiales o del fabricante como requisito necesario, sino únicamente se está valorando su posesión”*.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La controversia surge al prever la cláusula 4.4 del PPT, bajo el título “Mantenimiento remoto y actualización de software”, que *“El licitador incluirá en su propuesta acuerdos con los fabricantes para la ejecución de estas prestaciones”*.

La recurrente sostiene que tal previsión opera como un requisito de solvencia y no como un mero criterio de adjudicación, puesto que la no aportación del acuerdo podría entenderse como incumplimiento de un requisito del PPT que propiciaría la exclusión del licitador. En cambio, el órgano de contratación considera que el acuerdo con los fabricantes para la ejecución de la prestación es solo un aspecto evaluable dentro del criterio de adjudicación “Mantenimiento remoto y actualización de software” establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), extremo en el también incide GE en sus alegaciones al recurso.

Pues bien, el establecimiento como criterio de adjudicación, particularmente en contratos de servicios de mantenimiento integral en el ámbito sanitario, de acuerdos con los fabricantes de los equipos se ha admitido, previa las justificaciones oportunas y con determinadas cautelas, por los Tribunales de recursos contractuales. Así, en nuestra Resolución 125/2015, de 15 de abril, a propósito de la impugnación de unos pliegos relativos al servicio de mantenimiento integral de equipamiento electromédico en centros sanitarios, señalábamos que *“es fácil comprender que el criterio de adjudicación ahora impugnado, esto es, que las empresas licitantes aporten preacuerdos o acuerdos con los fabricantes o los servicios técnicos oficiales para el mantenimiento de los equipos, así como la exigencia de aportar certificados de los fabricantes en la formación del personal en los equipos técnicos, está relacionado con el objeto del contrato y no con las características de la empresa licitadora, y por consiguiente, nada impide que puedan ser criterios para valorar las ofertas de los licitadores*.



En base a lo anterior, entiende este Tribunal que las alegaciones de la recurrente manifestando limitación de la concurrencia y falta de transparencia administrativa por la aplicación del criterio de valoración que aquí se impugna, no son suficientes para anular el citado criterio, pues, como hemos expuesto, es admisible como criterio de valoración, sin que pueda apreciarse falta de coherencia con el objeto y las características del contrato o ausencia de vinculación con el mismo. En consecuencia, procede desestimar este alegato del recurso”.

Y en el mismo sentido, la Resolución 53/2019, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid viene a indicar, a propósito de un recurso contra los pliegos de un contrato de servicios para el mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología de un hospital, que *“El objeto del contrato es el mantenimiento integral de equipos de alta tecnología que integran un software sobre el que es preciso realizar actualizaciones y su mantenimiento es conectado a tecnologías de evolución rápida. Se ha señalado anteriormente la importancia que la normativa tanto nacional como comunitaria da a los fabricantes en el ámbito del mantenimiento de equipos médicos de alta tecnología, sin duda por la trascendencia que su buen estado tiene para los usuarios de la sanidad. No cabe duda de que los acuerdos con fabricantes pueden repercutir de manera efectiva en el mantenimiento de los equipos, acortando los tiempos de parada y mejorando los tiempos de respuesta.*

Entiende, por tanto, este Tribunal que el criterio de adjudicación constituye una característica propia de la oferta, que podrá cumplirse o no, con la consecuente repercusión en la puntuación obtenida, guardando una vinculación directa con el objeto del contrato y no con las características o circunstancias de la empresa licitadora. El órgano de contratación considera, en definitiva, que el mantenimiento de estos equipos sofisticados tecnológicamente pueden mantenerse sin que el adjudicatario sea fabricante o tenga acuerdos con fabricante, ya que en otro caso lo hubiese considerado un requisito de solvencia, si bien entiende que dicho mantenimiento sería de mayor calidad si se dieran esas circunstancias, por lo que acertadamente los incluye en los criterios que evalúan la calidad de la oferta”.

Procede determinar, pues, si en el supuesto enjuiciado, la previsión del PPT de que *“El licitador incluirá en su propuesta acuerdos con los fabricantes para la ejecución de estas prestaciones”*, ha de entenderse que opera como aspecto de valoración en las ofertas -extremo que defiende el órgano de contratación- o como criterio de solvencia que propiciaría la exclusión de aquellos licitadores que incumplan el requisito del PPT al no aportar el certificado -posición que defiende la recurrente-.

Pues bien, la referencia concreta a la inclusión de acuerdos con los fabricantes para la ejecución de la prestación ha de analizarse en el contexto global del párrafo en el que se inserta y, en general, en el



contenido conjunto del apartado 4.4 del PPT “Mantenimiento remoto y actualización de software” donde se señala lo siguiente:

“Se facilitará una herramienta de software de servicio remoto con la que se pueda acceder al equipo de forma que además de poder visualizar la información, permita la resolución de incidencias de forma remota. Esta herramienta deberá permitir la transferencia bilateral de datos/información entre el licitador y los hospitales y deberá de estar de acuerdo con la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

El licitador deberá disponer de una plataforma que proporcione conectividad remota, de forma segura, entre el equipo técnico remoto del mantenedor y el equipo instalado en los Hospitales de Alta Resolución de Écija y Lebrija.

La conexión remota deberá posibilitar al licitador la conexión bidireccional con el equipo y el operador, la monitorización remota del equipo, la realización de operaciones sobre la máquina (consultar el registro de errores, realizar tests, visualizar imágenes, modificar parámetros, restaurar archivos dañados, etc.), lo cual debe favorecer el aumento de porcentaje de los casos a resolver por problemas de software o poder realizar un diagnóstico que permita al técnico de campo resolver la avería en la primera visita.

Durante el período de vigencia del contrato se instalarán en los equipos objeto del presente pliego todas las modificaciones de software y protocolos clínicos que afecten a los mismos sin coste adicional para la Agencia Sanitaria, incluyéndose en este concepto la mano de obra, desplazamientos y materiales que fuesen necesarios para efectuar dichas modificaciones. El licitador incluirá en su propuesta acuerdos con los fabricantes para la ejecución de estas prestaciones. El adjudicatario será responsable de las actualizaciones de los equipos objeto del mantenimiento. Se encargará en aquéllos en los que sea necesaria su reinstalación, así como de su elevación de versión.

La plataforma debe de estar diseñada para que cumpla con los niveles de seguridad, privacidad y protección de datos de paciente que exige la legislación de aplicación en esta materia.

Se deberá de disponer de un portal web para que la Unidad Técnica de Ingeniería pueda tener información sobre los equipos instalados, avisos correctivos abiertos, uptime (tiempo de disponibilidad) del equipo, historial de utilización del equipo y de averías e intervenciones técnicas,



equipos en contrato (incluyendo información sobre su cobertura), calendario de mantenimientos preventivos, etc.

El licitador incluirá en su oferta descripción de esta herramienta de acceso e intervención para la resolución de averías en remoto, así como el índice de efectividad alcanzado con esta herramienta en equipos similares.” (el subrayado es nuestro).

Asimismo, entre los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, el Anexo XI del PCAP establece el “Mantenimiento remoto y actualización de software” con una puntuación máxima de 10 puntos, valorándose la descripción de la propuesta para dar cumplimiento a lo establecido en el apartado 4.4. del pliego de prescripciones técnicas.

En definitiva, la oferta de mantenimiento remoto y actualización de software que proponga cada licitador conforme a lo indicado en el apartado 4.4 del PPT será objeto de valoración con arreglo al citado criterio de adjudicación del Anexo XI del PCAP, sin que quepa extraer del contexto global de aquel apartado del PPT - donde se recogen los elementos que han de configurar la oferta para su valoración- una causa de exclusión por falta de acuerdos con los fabricantes. La recurrente no puede pretender que la referencia a tales acuerdos se interprete aisladamente y fuera del contexto general del apartado 4.4 del PPT, cuya redacción se formula en términos imperativos (“deberá posibilitar”, “se instalarán”, “deberá permitir”, “debe estar diseñada”, “incluirá” etc) para que se valore conforme al criterio de adjudicación señalado el grado de cumplimiento y satisfacción de dichos requerimientos del PPT, pero sin que se desprenda causa de exclusión expresa por incumplimiento de alguno de ellos.

En este sentido, ha de estarse a la redacción de la controvertida cláusula 4.4. del PPT, que en ningún momento señala que la no aportación de acuerdos con los fabricantes será causa de exclusión. En el contexto de que lo señalado en esta cláusula es objeto de valoración tal como queda reflejado en el Anexo XI del PCAP, la frase “*El licitador incluirá en su propuesta acuerdos con los fabricantes para la ejecución de estas prestaciones”* es evidente que se refiere a que se aportará a efectos de su valoración, formando parte de la propuesta. Es decir, no es un requisito de solvencia técnica que determine la exclusión de todo aquel licitador que no la alcance, no estando recogido en el Anexo XVI del PCAP que regula los requisitos de solvencia; y no es una prescripción técnica cuyo incumplimiento determine la imposibilidad de participar o



la exclusión, ya que lo que establece la cláusula 4.4 no es la necesidad de incorporar los acuerdos a los efectos de acreditar el cumplimiento del PPT o de la solvencia, sino de poder ser valorados.

Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 164/2018, de 1 de junio y 172/2018, de 8 de junio) que cualquier incumplimiento de contenido del PPT no supone la exclusión automática de la oferta, máxime si como acontece en el supuesto examinado la inclusión de acuerdos con los fabricantes es solo un aspecto de la propuesta sujeta a valoración.

En tal sentido, incluso tratándose de prescripciones técnicas, señalábamos en las citadas resoluciones que *“para que pueda acordarse la exclusión de la empresa licitadora del procedimiento de adjudicación resulta necesario que en el PCAP se haya previsto claramente dicha causa de exclusión o bien que, analizada la oferta presentada, de la misma se deduzca el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT, y que se acredite la falta de viabilidad técnica de la oferta o su incoherencia(...)”*.

En definitiva, no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato”.

Ha de darse, pues, la razón al órgano de contratación cuando esgrime que la falta de aportación de acuerdos con los fabricantes no se entiende como circunstancia que propiciará la exclusión del licitador, de modo que es posible presentar la oferta sin dichos acuerdos siempre que se dé respuesta a cómo se tiene previsto actuar para que el equipo disponga en todo momento de software y protocolo clínico actualizado.

Así las cosas, la valoración de acuerdos con los fabricantes en el criterio de adjudicación “mantenimiento remoto y actualización de software”, hasta un máximo de 10 puntos, no resulta contraria a los postulados del artículo 145.5 de la LCSP -que establece como requisitos de los criterios de adjudicación su formulación objetiva con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad- ni supone una restricción injustificada de la concurrencia, por cuanto no se impide participar en la licitación y solo se ponderará favorablemente, dentro del margen de discrecionalidad de que goza el órgano de contratación, la disposición de acuerdos con los fabricantes que repercuta en una más adecuada prestación del servicio, dada la especificidad de los equipos y la finalidad pública a la que van destinados; extremos todos ellos que vienen expuestos en la memoria justificativa del expediente donde se indica que



“El equipamiento de Tomografía Axial Computerizada corresponde con un equipo de alta tecnología, con requerimientos normativos que cumplir al tratarse de un equipo de rayos X, y clasificado como crítico entre el equipamiento electromédico de los hospitales de la Agencia Sanitaria, en tanto que es un equipo único en cada centro y una interrupción en su funcionamiento supone la indisponibilidad de realizar estudios hasta su puesta nuevamente en servicio.

Para garantizar que los equipos de Tomografía Axial Computerizada instalados en los Hospitales de Alta Resolución de Écija y de Lebrija se encuentren en perfectas condiciones de utilización, de modo que no supongan riesgos para las condiciones de seguridad y salud de los pacientes ni de los profesionales y garanticen unas condiciones de calidad asistencial, es necesario que se cumpla la normativa vigente en la materia y los requisitos del fabricante en relación con su mantenimiento preventivo, y se realicen las reparaciones y puestas a punto precisas ante averías que hayan afectado a los mismos” .

En el mismo sentido expuesto, la Resolución 53/2019, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ante la impugnación del criterio de adjudicación que valoraba que el licitador fuese fabricante o tuviese acuerdos con empresas fabricantes del equipamiento afecto al contrato en los pliegos reguladores del servicio de mantenimiento integral de un equipo de alta tecnología en el ámbito sanitario, señala, en lo que aquí interesa, que *“Por lo que respecta al cumplimiento de los requisitos de igualdad, transparencia y proporcionalidad, hay que señalar que no se trata de un criterio de solvencia, sino de un criterio de adjudicación igual para todos los licitadores y que es accesible a cualquiera de ellos. Por otro lado, el peso del criterio es proporcionado ya que otorga una puntuación de 15 puntos sobre 40.*

Este Tribunal ha señalado en diversas Resoluciones, entre otras, la 91/2012, que no resulta restrictivo de la libre competencia el establecimiento de requisitos, o prescripciones en los pliegos que encuentren justificación en las necesidades del órgano de contratación.

En este caso, se considera justificada en aras a un mejor cumplimiento del objeto del contrato la inclusión de la cláusula que se recurre, en los términos señalados anteriormente, por lo que el motivo debe ser desestimado”.

Con base en las consideraciones realizadas, el motivo debe desestimarse.

SÉPTIMO. En un segundo motivo, ALTHEA denuncia la exigencia de licencia de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) para la prestación de servicios de asistencia técnica.



En tal sentido, manifiesta que el artículo 9 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios establece que *“(...) las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la fabricación, importación, agrupación o esterilización de productos sanitarios y las instalaciones en que se lleven a cabo dichas actividades requerirán licencia previa de funcionamiento otorgada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios”* y que dicha licencia es necesaria para poner en funcionamiento las instalaciones, pero nada dice el precepto sobre que deban poseerla las empresas dedicadas al mantenimiento.

Concluye, pues, que se trata de una exigencia que nada tiene que ver con el objeto del contrato y es otro intento de restringir la concurrencia de manera artificiosa.

Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación señalando que la única mención de los pliegos a la AEMPS es la incluida en el apartado 4 del PPT cuando señala que *“Las operaciones de mantenimiento, tanto correctivas como preventivas, se regularán conforme con la legislación vigente, normativa aplicable y especificaciones del fabricante, así como conforme a la circular 3/2012 de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo acreditar este extremo mediante la presentación de la autorización expedida por el organismo competente para prestar el servicio de asistencia técnica”*. Alega dicho órgano que, atendiendo al equipamiento objeto del contrato (equipo de diagnóstico de rayos X), la autorización mencionada en el PPT se refiere a la emitida por el órgano competente de Industria, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear; todo ello conforme al Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de diagnóstico médico.

Concluye, pues, que el PPT no establece la obligación de presentación de licencia expedida por la AEMPS, sino el cumplimiento estricto de la normativa que regula esta materia y el seguimiento de las recomendaciones de la citada Agencia.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La recurrente comienza este alegato afirmando que *“Sin perjuicio de lo dicho, y que constituye, el motivo fundamental del recurso existe otro aspecto que conlleva de facto la necesidad de anulación de la licitación, se trata, de la obligatoriedad de la presentación de la Licencia emitida por la Agencia Sanitaria de Medicamentos y Productos Sanitarios”*.



A juicio de este Tribunal, ello demuestra que este nuevo motivo resulta menos relevante para ALTHEA y que el mismo se esgrime como refuerzo del anteriormente analizado que ha sido desestimado, hasta el punto que la recurrente ni siquiera identifica el apartado de los pliegos donde se establece la supuesta exigencia de licencia de la AEMPS.

Es el órgano de contratación el que, frente a tal alegato, señala que solo hay una mención a la AEMPS en el apartado 4 del PPT al establecer que *“Las operaciones de mantenimiento, tanto correctivas como preventivas, se regularán conforme con la legislación vigente, normativa aplicable y especificaciones del fabricante, así como conforme a la circular 3/2012 de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo acreditar este extremo mediante la presentación de la autorización expedida por el organismo competente para prestar el servicio de asistencia técnica”*.

Pues bien, consideramos que la propia literalidad del apartado transcrito no permite llegar a la conclusión que extrae la recurrente, puesto que el apartado se refiere a la *“autorización expedida por el organismo competente para prestar el servicio de asistencia técnica”* sin especificar que dicho organismo deba ser la AEMPS;

ALTHEA interpreta que se exige licencia de la AEMPS con base en lo dispuesto en el artículo artículo 9 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, precepto referido a la *“Licencia previa de funcionamiento de instalaciones”*. No obstante, los pliegos no contienen referencia específica al mencionado Real Decreto, ni de los mismos se infiere la obligación de aportar esa licencia concreta.

Ha de darse, pues, la razón al órgano de contratación cuando señala que, como quiera que el servicio de mantenimiento afecta a un equipo de diagnóstico de rayos X, la autorización prevista en el PPT se refiere, como literalmente se indica en el mismo, a la *“expedida por el organismo competente para prestar el servicio de asistencia técnica”* que en este caso es el el órgano con competencia en materia de Industria, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear; todo ello conforme al Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de diagnóstico médico.



Debe, pues, desestimarse este segundo motivo y con él, el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de mantenimiento integral del equipamiento de tomografía axial computerizada (TAC) de los Hospitales de Alta Resolución de Écija y Lebrija, dependientes de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir”, promovido por la citada Agencia Pública adscrita a la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía (Expte. 2019/PA-64-25).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por resolución de este Tribunal de 14 de enero de 2020 .

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

