Recurso 306/2024
Resolución 377/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 13 de septiembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASIME, S.A.**, contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado «Servicio de mantenimiento integral y prestación de servicios, para el equipamiento electromédico de la marca General Electric con colaboración técnica y apoyo logístico del fabricante, con destino a los centros dependientes del Hospital Universitario Costa del Sol, Servicio Andaluz de Salud» (Expte. CONTR 2024 0000711806 (576/2024) CCA: +6.+956GGD) convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de julio de 2024, se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento negociado sin publicidad del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende al importe de 711.880,18 euros.

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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.

SEGUNDO. El 8 de agosto de 2024 se presentó en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ASIME, S.A. (en adelante la recurrente o ASIME) contra los pliegos de la licitación del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

La Secretaría del Tribunal, con fecha 9 de agosto de 2024, requirió al órgano de contratación la remisión de la documentación necesaria para la tramitación del recurso. Lo solicitado fue recibido en este Órgano mediante dos remisiones de fecha 13 y 27 de agosto de 2024.

Por Resolución MC. 100/2024, de 14 de agosto, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitado por la recurrente.

Por último, el 29 de agosto de 2024, la Secretaría del Tribunal concedió trámite de alegaciones conforme al artículo 56.3 de la LCSP a la entidad interesada GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante GENERAL ELECTRIC). Tras el transcurso del plazo concedido no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede examinar ahora si la entidad ASIME ostenta legitimación para la interposición del recurso especial objeto de la presente resolución, teniendo en cuenta que la citada empresa no ha participado en la licitación.

Al respecto, el primer párrafo del 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 analizado los motivos esgrimidos por la recurrente, relativos a la improcedencia de emplear el procedimiento negociado sin publicidad, ponen de manifiesto que los pliegos impugnados le impiden acceder a la licitación.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 apartados a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

ASIME interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación de mismo se *«dicte resolución por la que se anulen, al ser contrarios a derecho, los contenidos impugnados a lo largo del presente escrito recogidos en los PPT, PCAP, con arreglo a los fundamentos de derecho expuestos.»*.

La recurrente fundamenta su pretensión de anulación de los pliegos en la improcedencia del procedimiento de licitación elegido -negociado sin publicidad-, al entender que en el presente expediente no concurren los presupuestos habilitantes para ello, dado que los servicios objeto del contrato pueden realizarse por distintas empresas especializadas del sector.

Considera que la adjudicación directa del mantenimiento de los equipos a la empresa GENERAL ELECTRIC, en su condición de fabricante, vulnera los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, previstos en el artículo 1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 132 de la citada LCSP. Fundamenta sus afirmaciones y pretensiones en los motivos que a continuación se exponen:

a) Falta de motivación del procedimiento de adjudicación elegido.

Alega que el expediente adolece de una total falta de motivación que justifique el procedimiento de adjudicación elegido. Argumenta, al efecto, que en la memoria justificativa del expediente de licitación se fundamenta la elección del procedimiento haciendo referencia a «*un presunto "Certificado de exclusividad" que no sólo no obra en el expediente administrativo, sino que, además, habría sido elaborado por la propia empresa en cuyo favor se va a adjudicar el contrato.».*

En cuanto al contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) aduce que en el mismo tampoco se incorpora justificación alguna que fundamente la utilización de este excepcional procedimiento de adjudicación, limitándose el apartado 4.1 del cuadro resumen PCAP a reproducir el artículo 168 a) 2 de la LCSP. Afirma al respecto *que «La prueba de la ausencia de justificación es que se acogen a que el servicio solo puede ser encomendado a un determinado empresario (lo cual, no es cierto) para, a continuación, citar indistintamente ambos supuestos: razones técnicas y derechos exclusivos. Una y otra no son equiparables. Ni se explican cuáles son esas razones técnicas (no las hay pues ya hemos dicho que los equipos de este fabricante son mantenidos en multitud de centros tanto por ASIME como por otras empresas generalistas del sector) ni, por supuesto, se aporta el expediente acreditación alguna de derechos exclusivos (que en el caso de mantenimiento de estos equipos no existen pues atentarían contra la libre competencia).»*

Se citan diversas resoluciones de este Tribunal sobre nulidad de los pliegos por falta de motivación sobre el procedimiento de adjudicación elegido.

b) Inexistencia de exclusividad por razones técnicas o derechos de propiedad industrial.

Aduce la recurrente que en el expediente no se ha motivado la existencia de causas de exclusividad por razones técnicas o derechos exclusivos, porque las mismas no existen. Como prueba de tal afirmación la recurrente acompaña un documento, que declara confidencial, sobre el que afirma que «*se han analizado los equipos objeto de la licitación, para comprobar si estos equipos, con la misma marca y modelo, se están manteniendo en otros hospitales por mi representada. Tras la comprobación de estos extremos, y sin perjuicio de la revisión que puede realizar este Tribunal del informe, le informamos que, actualmente se mantienen idénticos equipos y otros similares del fabricante General Electric en 479 Hospitales por todo el territorio nacional. Desconocemos, por tanto, cual es la razón para determinar que equipos que se están manteniendo por empresas generalistas bajo los parámetros y protocolos del*

fabricante, y bajo estándares de la mejor calidad, sean licitados por exclusividad técnica, sin fundamentación alguna y con inexistencia de, precisamente exclusividad técnica.».

Por último, afirma que el Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, no reserva ninguna exclusividad a los fabricantes respecto al mantenimiento de sus productos, sino que únicamente establece como obligación que los mismos deberán ser mantenidos adecuadamente, por personal debidamente cualificado. Al respecto afirma que el personal técnico de ASIME cuenta con la necesaria cualificación para ello.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso se opone a los argumentos de ASIME y solicita su desestimación. Al efecto defiende la existencia de motivación adecuada y suficiente en el expediente sobre la elección del procedimiento de licitación negociado sin publicidad.

Afirma que la memoria justificativa del contrato, de 10 de julio de 2024, recoge expresamente las razones que justifican la elección del procedimiento negociado sin publicidad y cuyo contenido ha sido omitido por la recurrente que ha realizado una selección interesada de su contenido.

Argumenta que el objeto del presente contrato es un mantenimiento integral, refiere al efecto los distintos tipos de mantenimiento que la cláusula 5.3 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) describe como objeto del contrato. Tras reproducir el contenido de la citada cláusula concluye que: «*Por tanto, acudiendo a la descripción de las características del mantenimiento a realizar, así como la justificación de esa tipología, es lo que permite garantizar que dicha prestación sólo puede ser realizada por una única mercantil, General Electric. Ambos mantenimientos, persiguen lo siguiente:*
a) Mantenimiento adaptativo consiste en la modificación debido a cambios en el entorno (hardware o software) en el que se ejecuta. Desde cambios en el sistema operativo, pasando por cambios en la arquitectura física y/o del sistema informático, hasta en el entorno de desarrollo del software. El objetivo es que estos cambios no afecten a la capacidad de prestar el servicio.
b) Mantenimiento remoto, es aquel que permita tener acceso a los equipos en tiempo real a través de una comunicación bidireccional vía internet. La herramienta (software) permite realizar monitoreo para diagnósticos predictivos con el fin de establecer acciones proactivas y así como mantenimientos remotos. La prestación de esa tipología de mantenimiento sólo puede ser realizada de forma directa, y única, por la empresa GENERAL ELECTRIC, por lo que no puede ser objeto de licitación bajo una fórmula de concurrencia competitiva. Se trata de una tipología de mantenimiento, o prestación del servicio, que en su totalidad no podrá ser prestado por cualquier contratista adjudicatario, como solicita ASIME, S.A., de tal forma, que se vería obligada en su ejecución a solicitar de la empresa fabricante que llevase a cabo la prestación de servicios determinados. La concurrencia competitiva empresarial que solicita la recurrente supone que determinadas prestaciones tengan que ser ejecutadas directamente por el fabricante, de tal forma que sólo contribuye, dicho aspecto, a incrementar el coste de la prestación, en la medida en que supone la incorporación en la ejecución de la prestación de un nuevo operador económico, distinto al fabricante, que no puede realizar la prestación y que necesariamente tendría que contratarla con el mismo.
(…)
La participación de empresas generalistas, como es el caso de la recurrente, se circunscribe a la realización de lo que técnicamente se denominan "primeras intervenciones o mantenimientos de primer nivel" que nada tienen que ver con el mantenimiento adaptativo y/o remoto que se ha indicado en apartados anteriores, y que conforman, entre otras, las prestaciones que se hacen preciso desarrollar.».

En cuanto al informe aportado por la recurrente como prueba de estar ejecutando en la actualidad los servicios de mantenimiento de maquinarias de GENERAL ELECTRIC, el órgano de contratación alega que en el documento

aportado se especifica centros sanitarios y equipos, pero no se precisan los datos que permitan identificar el contrato ni el expediente licitado, todo lo cual impide comprobar la tipología de mantenimiento objeto de licitación, que es el elemento que justifica en el presente expediente la adopción de un procedimiento excepcional como es el negociado sin publicidad.

En cuanto al carácter confidencial del documento se opone alegando que al tratarse de procedimientos abiertos han de publicarse en el perfil de contratante.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre la interpretación del apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva 2014/24), dispone en su artículo 32 en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Artículo 32
Uso del procedimiento negociado sin publicación previa
1. En los casos y circunstancias particulares contemplados en los apartados 2 a 5, los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores puedan adjudicar contratos públicos mediante un procedimiento negociado sin publicación previa.
2. El procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse para los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en cualquiera de los casos siguientes:
(…)
b) cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones:
i) que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, ii) que no exista competencia por razones técnicas, iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.
Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación; (…)».

En lo que aquí concierne dicho artículo 32.2.b) es claro cuando afirma que el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no haya competencia por razones técnicas, siempre que no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

El citado artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24 fue traspuesto al ordenamiento español, a juicio de este Tribunal de manera adecuada, en el apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP, cuyo texto original disponía lo siguiente:

«Artículo 168. Supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.
Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:
a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:
(…)

2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.
La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.»

El mencionado apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP fue modificado por la disposición final 27.8 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023, que ha eliminado por completo el último párrafo del citado apartado a) 2º, de tal suerte que con la nueva redacción y para el supuesto que se examina, el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no exista competencia por razones técnicas.

La citada redacción del apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP, no se compadece con la dicción del mencionado artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24. Ello supone que la nueva redacción del apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP, haya de interpretarse en concordancia con la mencionada Directiva 2014/24, a la luz del principio de interpretación conforme del Derecho de la Unión Europea (v.g., entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013, Koushkaki, C-84/12, apartados 75 y 76; de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, apartado 59, y de 29 de junio de 2017, Popławski, C-579/15, apartado 31).

Dicha Directiva como se ha expuesto en su artículo 32.2.b), en lo que aquí concierne, afirma que el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no haya competencia por razones técnicas, siempre que no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

En este sentido, el apartado 6 del artículo 26 de la citada Directiva 2014/24 dispone expresamente que *«En los casos y circunstancias específicos a que se refiere expresamente el artículo 32, los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores puedan recurrir a un procedimiento negociado sin publicación previa de una convocatoria de licitación. Los Estados miembros no permitirán el recurso a este procedimiento en ningún caso distinto de los contemplados en el artículo 32.»*. Ello supone, a juicio de este Órgano, que al procedimiento negociado sin publicidad previa solo se puede recurrir en los supuestos y con los límites establecidos en el artículo 32 de dicha Directiva, entre los que se encuentra la necesidad de acreditar la no existencia de alternativa o sustituto razonable y que la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

Asimismo, el considerando 50 de la mencionada Directiva 2014/24 señala en lo que aquí concierne que:

«En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté 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. Este es el caso de las obras de arte en las que la

identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.

Por último, un procedimiento de contratación no resulta útil cuando los suministros son adquiridos directamente en un mercado de productos básicos, incluidas las plataformas para productos básicos como los productos agrícolas, las materias primas y los intercambios energéticos, siempre que la estructura comercial multilateral regulada y supervisada garantice de forma natural los precios de mercado.».

En definitiva, en el supuesto examinado, a juicio de este Tribunal, el actual apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP debe interpretarse en el sentido de que el procedimiento negociado sin publicidad previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no haya competencia por razones técnicas, siempre que no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación; entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico, o incluso que dichas razones técnicas pueden derivarse de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.

Segunda. Sobre la justificación contenida en el procedimiento de licitación respecto de la elección del procedimiento negociado sin publicación previa.

Dispone al efecto el apartado 4.a) del artículo 116 de la LCSP, que *«4. En el expediente se justificará adecuadamente: a) La elección del procedimiento de licitación.»*.

En este sentido, en la memoria justificativa de 10 de julio de 2024, en su apartado 2 *"Justificación e idoneidad del contrato",* en lo que aquí concierne se indica lo siguiente:

«Considerando que la empresa General Electric Healthcare España, S.A.U. según consta en el certificado de exclusividad, es la única autorizada por el fabricante para realizar la prestación de servicios y mantenimiento adecuado de estos equipos, resulta necesario formalizar un contrato en exclusividad para cubrir dicha necesidad, circunstancia que explica y justifica la convocatoria del actual expediente de contratación.
El servicio que se contrata tiene por finalidad la prestación de servicios y mantenimiento integral de los equipos electromédicos, conforme a las condiciones de fabricación y diseño, entendiendo que los requisitos exigidos en el PPT tendrán la consideración de mínimos o básicos, siendo la finalidad última la consecución de los niveles más altos de

calidad asistencial que se pueda ofrecer al usuario y pacientes a través de estos equipos, con la máximas prestaciones para el diagnóstico minimizando los riesgos para usuarios y pacientes.

El mantenimiento integral y prestación de servicios englobará los trabajos de los tipos de mantenimientos, updates, y upgrades, accesoria técnica, piezas, elementos, equipos auxiliares y periféricos, desplazamientos, dietas, transportes, gestión y seguimiento, etc… y demás costes que puedan derivarse del cumplimiento de este.

Esta figura contractual es idónea a tenor del régimen jurídico y la necesidad perseguida con el mismo. El artículo 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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) establece lo siguiente:
"…Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario".

En el caso que nos ocupa, se trata de un servicio de mantenimiento de equipamiento realizado por el fabricante del mismo.

De acuerdo a lo previsto en el art. 116.4 de la LCSP, en el expediente, se justificará adecuadamente:
1. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN
El procedimiento de adjudicación del presente expediente ha de ser el NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 a) 2º, (LCSP).
Consta documentación justificativa de la exclusividad técnica para la realización del contrato proyectado, emitida por la empresa GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U.

Es por ello, que se da cumplimiento, a la justificación exigida por la normativa vigente para la adopción del procedimiento negociado por exclusividad técnica.

Se desprende de lo anterior que sería de aplicación a este Servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168.a) 2º de la Ley de Contratos del Sector Público, "…podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación… 2º Cuando…el servicio sólo pueda ser encomendado a un empresario determinado…que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial".».

Asimismo, en la cláusula 1.2.2. del PCAP, se señala que en el apartado 4.1 del cuadro resumen se indicará el supuesto del procedimiento negociado sin publicidad que proceda. En dicho apartado 4.1 del cuadro resumen se expone lo siguiente

«4.1.- Procedimiento de adjudicación:
NEGOCIADO, SIN PUBLICIDAD
Supuesto del art. 168 de la LCSP que concurre:
Artículo 168.a) 2º de la Ley de Contratos del Sector Público, "...podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación... 2º Cuando...el servicio sólo pueda ser encomendado a un empresario determinado ... que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial".».
Lo expuesto hasta ahora, respecto de la justificación de la elección de procedimiento de licitación, es lo que se contiene en el perfil de contratante y fue remitido a este Tribunal con el expediente de contratación. Además, en el expediente consta el citado escrito de GENERAL ELECTRIC en el que, a solicitud del órgano de contratación

(solicitud que no figura en el expediente), manifiesta que sólo esa empresa, como único representante oficial de GE HEALTHCARE EUROPE en España puede ofrecer un completo servicio post-venta con criterios de calidad de acuerdo con las normas y estándares aplicables. A continuación, el escrito indica que GE HEALTHCARE EUROPE ofrece, como fabricante y prestador de servicios de mantenimiento del equipo original, una serie de prestaciones.

Este Tribunal considera que la citada documentación no cumple las exigencias expuestas anteriormente para justificar y acreditar la procedencia del procedimiento negociado sin publicidad.

En primer lugar, no se especifica el concreto supuesto en el que nos encontramos, de entre los contemplados en el apartado 2º de la letra a) del artículo 168 de la LCSP nos encontramos; dado que la citada cláusula del PCAP reproduce dos de los supuestos, los relativos a que no exista competencia por razones técnicas o que proceda la protección de derechos exclusivos, pero sin concretar a cuál de ellos en concreto se acoge el procedimiento de licitación elegido.

En segundo lugar, el escrito de GENERAL ELECTRIC mediante el que se afirma que sólo esa empresa puede ofrecer *"un completo servicio post-venta con criterios de calidad",* no implica ni es concluyente respecto al hecho de que otras empresas no puedan ofrecerlo.

Además, el órgano de contratación centra su argumentación en el hecho de que es objeto de licitación el mantenimiento integral de los equipos, y relaciona los distintos tipos de mantenimiento contemplados en el PPT, defendiendo respecto a alguno de ellos, que existen determinadas prestaciones que han de ser ejecutadas directamente por el fabricante. Por lo que de las alegaciones realizadas se deduce que en el presente contrato se contienen, al menos, servicios de mantenimiento que conforme se afirma por el propio órgano de contratación pueden ser prestados por "*empresas generalistas"* y que se pretenden adjudicar directamente al fabricante.

Y en tercer lugar, porque, es doctrina reiterada de este Órgano que la utilización de este procedimiento es excepcional, de forma que las causas que lo legitiman son de interpretación estricta y han de justificarse debidamente en el expediente. Así, la resolución de este Tribunal 196/2019, de 19 de junio, en su fundamento de derecho sexto tras citar y reproducir en parte o en su totalidad, el apartado a).2º del artículo 168 de la LCSP, el artículo 32.2.b) y el considerando 50, ambos de la Directiva 2014/24, y las Resoluciones 104/2018, de 20 de abril, de este Tribunal y la 574/2018, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirmaba que «*la utilización de este procedimiento es excepcional, de forma que las causas que lo legitiman son de interpretación estricta y han de justificarse debidamente en el expediente, de manera que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas. Por otro lado, como se ha señalado, la doctrina manifiesta reiteradamente que no puede considerarse suficiente la existencia de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa, sino que es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite la exclusividad por razones técnicas o que un órgano externo declare o certifique tal circunstancia, lo cual no consta que se haya hecho en el presente caso*».

En el supuesto examinado, de la documentación contenida en el expediente de contratación no se infiere que se haya justificado suficientemente la inexistencia de alternativa o sustituto razonable, entre otros argumentos, no se acredita la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto al no haberse justificado adecuadamente en el expediente la causa alegada para tramitar la licitación mediante un procedimiento negociado sin publicidad.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

La estimación del presente recurso no impide que el órgano de contratación, si así lo estima necesario, pueda iniciar un nuevo procedimiento de licitación por procedimiento negociado sin publicidad previa, ex apartado a).2º del artículo 168 de la LCSP, con los requisitos exigidos en la normativa de aplicación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASIME, S.A.**, contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado «Servicio de mantenimiento integral y prestación de servicios, para el equipamiento electromédico de la marca General Electric con colaboración técnica y apoyo logístico del fabricante, con destino a los centros dependientes del Hospital Universitario Costa del Sol, Servicio Andaluz de Salud» (Expte. CONTR 2024 0000711806 (576/2024) CCA: +6.+956GGD) convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 100/2024, de 14 de agosto.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.