



Recurso nº 403/2014 C.A. Galicia 052/2014

Resolución nº 504/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a de 4 julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.G.C.C., en nombre y representación de la mercantil VARIAN MEDICAL SYSTEMS IBÉRICA S.L; contra la resolución adoptada por Galaria Empresa Pública de Servicios Sanitarios de la Xunta de Galicia por la que se acuerda la adjudicación del expediente de contratación del *“Servizo de manteniemento e actualización tecnolóxica de base instalada de aceleradores lineais Elekta dependiente de Galaria Empresa Pública de Servicios Sanitarios de la Xunta de Galicia e ubicados no hospital do Meixoeiro”*, Expdte. NB-GLR1-14-001, este Tribunal, en sesión de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 10 de diciembre de 2013, Galaria Empresa Pública de Servicios Sanitarios de la Xunta de Galicia, se dirige, por medio de un correo electrónico a la entidad mercantil ELEKTA MEDICAL S.A.U, poniendo en su conocimiento el interés de la primera de proceder a través de un procedimiento negociado sin publicidad, a la contratación de un servicio de mantenimiento y actualización tecnológica de la base instalada de aceleradores lineales Elekta en el Hospital de Meixoeiro, acompañando a la invitación, los Pliegos del contrato. Esa invitación es aceptada por la entidad mercantil ELEKTA MEDICAL S.A.U, mediante contestación de fecha de 18 de diciembre de 2013.

El citado contrato tiene por objeto, tal y como consta en el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación del mismo, en su Cláusula 1, relativa al objeto *“El objeto del presente Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), es el servicio de mantenimiento y*

actualización tecnológica de la base instalada de aceleradores lineales Elekta dependiente de Galaria, Empresa Pública de Servicios Sanitarios, S.A. y ubicados en el hospital do Meixoeiro, para que puedan ser operativos cumpliendo estándares y normativas actuales y prolonguen su vida útil por tiempo indefinido. Ello lleva implícito que, para al menos uno de los equipos, (sic) su actualización a un sistema digital para técnicas avanzadas de radioterapia guiadas por imagen, la actualización de su hardware y software necesario, y el servicio de mantenimiento integral de los equipos y sistemas asociados.

Este documento concreta el alcance y las condiciones de prestación de los servicios a contratar, los procesos, la metodología y los recursos técnicos y humanos que habrán de emplearse para el mantenimiento integral en las diferentes modalidades propuestas (preventivo, correctivo, predictivo y técnico-legal, etc.).”

Se aclara, como nota al pie de página número 1 que “Se entiende como **Sistema Asociado** todo aquel equipamiento médico, electromédico así como estaciones de trabajo y paquetes de adquisición y aplicaciones que se adquirieron con el equipo principal siempre y cuando sea de uso exclusivo con éste o aquel que, siendo adquirido posteriormente, se utilice con el principal y esté siendo mantenido por el fabricante”.

Segundo. Presentada la documentación correspondiente, por la entidad ELEKTA MEDICAL S.A.U, se procede a la correspondiente negociación entre las partes, dándose cuenta de la misma, mediante Acta por la que el Comité de Valoración, integrado por las personas a que se hace referencia expresa en la misma, y tras la correspondiente deliberación, adoptan el acuerdo de proponer al órgano de contratación, la adjudicación del contrato a la empresa ELEKTA MEDICAL S.A.U, por un importe de 1.900.000 euros IVA incluido.

Tercero. Con fecha 2 de mayo de 2014 se procede a dictar resolución, mediante la cual se adjudica “el contrato do servizo de mantenimiento e actualización tecnoloxica de base instalada de aceleradores lineais Elekta dependiente de Galaria, Empresa Pública de Servizos Sanitarios, S.A. e ubicados no hospital do Meixoeiro, por un importe de 1.570.247,93 € más IVE 21% de 112.512,41 €; 1.900.000 € IVE engadido”.

Cuarto. Con fecha 22 de mayo de 2014 tiene entrada en este Tribunal el recurso especial interpuesto por la entidad mercantil VARIAN MEDICAL SYSTEMS IBÉRICA, S.L.

Quinto. Con fecha 3 de julio de 2014 se remite informe del órgano de contratación por Galaria, Empresa Pública de Servicios Sanitarios.

Sexto. Con fecha 10 de junio de 2014 tiene entrada en este Tribunal escrito de alegaciones presentado por ELEKTA MEDICAL S.A.U.

Séptimo. Por resolución de 6 de junio de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resuelve mantener la suspensión del expediente de contratación correspondiente al presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia, suscrito el 7 de noviembre de 2013 y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de prestación de servicios que resulta susceptible de impugnación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.1 a) y 2 c) del TRLCSP.

Tercero. En relación con la legitimación del recurrente, VARIAN MEDICAL SYSTEMS IBÉRICA S.L, debemos considerar que la misma se encuentra legitimada para la interposición del presente recurso, al amparo de lo establecido en el artículo 42 del TRLCSP, cuando este precepto señala de forma expresa que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Efectivamente, tal y como señala expresamente la parte recurrente, consideramos que la misma actúa en defensa de un interés legítimo evidente al ser una entidad directamente competidora de la que ha sido adjudicataria por la vía de la resolución que es objeto del presente recurso, siendo, al mismo tiempo, tal y como consta de forma amplia en el expediente, plenamente competente, *prima facie*, para verificar servicios análogos al que es objeto del presente recurso, todo lo cual, se manifiesta por este Tribunal desde un punto de vista estrictamente formal y sin entrar en el fondo de la cuestión y por lo tanto, sin analizar el conjunto de alegaciones que serán objeto de estudio en los sucesivos fundamentos de esta resolución.

Con ello, podemos desestimar la alegación que se ha realizado por la adjudicataria del procedimiento, ELEKTA MEDICAL S.A.U, que en sus alegaciones presentadas en este recurso, postula que el recurrente no está legitimado activamente para su interposición, fundándose para ello en que no resulta licitador en el contrato. Como decíamos antes, esta alegación debe ser desestimada en el sentido aludido, toda vez que la entidad recurrente, desde un punto de vista formal y global, es competente para el desarrollo de servicios análogos del que es objeto del presente recurso, siendo una entidad que pertenece al mismo sector de la actividad que la recurrente y que, por todo ello ostenta un interés legítimo en el recurso y en la eventual anulación de la resolución impugnada.

Cuarto. El recurso interpuesto por VARIAN MEDICAL SYSTEMS IBÉRICA, S.L. se fundamenta, en síntesis, en la vulneración de los principios rectores de la contratación pública al considerar el recurrente que el contrato cuya adjudicación se impugna no supone sino una modificación de otro contrato público previamente celebrado contraviniendo, por tanto, el artículo 105 del TRLCSP.

Considera también, que se ha producido una vulneración de la normativa vigente al consistir el contrato impugnado en un suministro de un equipo oncológico nuevo no previsto en los contratos originales. Considera en este sentido el recurrente que los contratos de mantenimiento celebrados por el SERGAS en relación con equipos de oncología terapéutica están vinculados con los equipos originariamente suministrados, por lo que este procedimiento negociado sin publicidad debe limitarse al contrato de

mantenimiento suscrito con el suministrador cuando, el mismo el mismo mantenimiento se corresponde con el equipo suministrado.

Alega también, que no cabe la sustitución de los equipos actuales mediante la modificación de los contratos de suministro vigentes, procediendo que este nuevo suministro al que se refiere el contrato impugnado debería ser objeto de una nueva licitación. Y concluye señalando que no cabe la sustitución de los equipos mediante un suministro que suponga la modificación de un contrato de mantenimiento vigente.

Añade también, el recurrente en su escrito de formalización del recurso, que el objeto del contrato del servicio no puede contemplar un suministro, y realiza una argumentación sustancialmente análoga a las anteriormente realizadas al mantener la consideración de que nos encontramos en presencia de un contrato nuevo de suministro calificado como un contrato de servicios, al consistir el contrato que se impugna en el suministro de un nuevo acelerador lineal. Y concluye señalando que el procedimiento negociado sin publicidad no puede utilizarse en el presente supuesto que tiene por objeto el suministro de un acelerador lineal nuevo.

Quinto. Por su parte, el informe emitido por el órgano de contratación, Galaria Empresa Pública de Servicios Sanitarios, con fecha 3 de junio de 2014, señala que el presente expediente que tiene por denominación o referencia NB-GLR1-14-001 y cuyo objeto es el ya señalado mantenimiento y actualización tecnológica de la base de aceleradores lineales Elekta es un contrato específico y determinado, diferente de otros a los que se está refiriendo la recurrente y así señala los diferentes hitos procedimentales que se han verificado en el presente expediente de contratación que son los que hemos expuesto anteriormente como hechos de la presente resolución.

Por otro lado, se refiere también a que no cabe confundir el SERGAS, Servicio Gallego de Salud y Galaria, al ser organismos diferentes, el primero con naturaleza jurídica de organismo autónomo de carácter administrativo para la gestión de los servicios sanitarios de carácter público dependientes de la Comunidad Autónoma de Galicia y la coordinación integral de todos los recursos sanitarios y asistenciales y la segunda, Sociedad Pública Anónima y de capital íntegramente público adscrita al SERGAS, constituida como medio

propio instrumental y servicio técnico de la administración de la Comunidad Autónoma de Galicia. Ambas entidades cuentan con procedimientos de licitación independientes y desvinculados entre sí. Por un lado, se refiere al expediente DC-SER1-13-054, tramitado por el SERGAS para la *“contratación de una solución global que cubra las necesidades de realización de pruebas y procedimientos de diagnóstico por imagen, intervencionismo, medicina nuclear y radioterapia del Servicio Gallego de Salud”*, contrato de colaboración público-privada tramitado mediante diálogo competitivo en el que han sido invitados tanto el adjudicatario, ELEKTA MEDICAL S.A.U, como el recurrente, VARIAN MEDICAL SYSTEMS IBÉRICA S.L, que han solicitado su participación en el mismo.

Por su parte, el expediente NB-GLR1-14-001, tramitado por Galaria, objeto del presente recurso, es un contrato de servicios tramitado mediante procedimiento negociado sin publicidad y con un plazo de ejecución de 4 años. Se refiere también a que los aceleradores lineales marca Elekta (SL75 y SL18), objeto del contrato recurrido (expediente, como se dijo, NB-GLR1-14-001, forman parte de un procedimiento anterior expediente DC-SER1-13-054 pero de esta base, forman parte también dos aceleradores lineales marca VARIAN (CLINAC DHX), ubicados en otro complejo hospitalario distinto y que son objeto de otro contrato de mantenimiento distinto NB-CHO1-11-007 tramitado mediante procedimiento negociado sin publicidad.

Esencialmente opone el órgano de contratación la circunstancia de que el presente contrato no constituye ningún suministro de un equipo oncológico terapéutico nuevo ni es modificación de un contrato anterior sino que se trata de un contrato de servicios que tiene por objeto la actualización tecnológica y el mantenimiento de los dos aceleradores lineales mencionados antes, y así lo acreditan los datos del propio contrato en su cuantía y su duración que ponen de manifiesto claramente, que no se puede estar contratando un nuevo acelerador cuyo valor sería sustancialmente superior como lo pone de manifiesto el hecho de las ofertas del propio recurrente que éste acompaña como documentación aneja a su recurso y que se corresponden, según manifiesta el órgano de contratación, con ofertas que fueron solicitadas por la misma Galaria para promover un expediente con objeto de contratar un suministro de un acelerador lineal pero que no se llegó a tramitar dado que esa disponibilidad se está gestionando, por su alta tecnología en radioterapia,

mediante un procedimiento distinto que es ya citado DC-SER1-13-054, en el que participa el recurrente.

Señala, en fin, el órgano de contratación, que el presente contrato que nos ocupa no tiene por objeto más que la prestación de un servicio derivado de que nos encontramos en presencia de aceleradores lineales del año 1997 en lo que su continuo uso y la criticidad de su funcionamiento, al tratarse de equipos destinados al tratamiento oncológico hace que, 17 años después se hagan acreedores de una actualización/upgrade/repación del equipo existente con el mayor número de averías.

Siendo esta la naturaleza del contrato, la Administración no puede sino acudir al artículo 170.d) del TRLCSP al solo poder realizar la prestación en que consiste el contrato el suministrador del mismo tratándose, por tanto, de un procedimiento negociado por razón de empresario determinado, por razones técnicas, al amparo del presente precepto. El vínculo existente entre suministrador Elekta y el equipamiento y actualización requeridos en el nuevo contrato hace que solamente sea el fabricante del equipo original Elekta quien puede realizar la prestación objeto del contrato cuya adjudicación se impugna.

Por último, en lo que respecta a las alegaciones de las partes, la adjudicataria del contrato, ELEKTA MEDICAL S.A.U, realiza igualmente alegaciones al recurso, en las que, brevemente, además de negar la legitimación activa del recurrente en términos ya mencionados antes, e interesa hacer una breve referencia a la alegación en la que señala que este tribunal, contra lo pretendido en el recurso no puede sustituir la voluntad administrativa y proceder a iniciar un nuevo procedimiento de contratación, siendo tan solo competente para proceder, en su caso, a la anulación de la resolución impugnada, cuestión que efectivamente es tal y como asevera el recurrente reiteradamente expuesta por este tribunal que en ese mismo sentido se abstendrá, en todo caso de ordenar la incoación de un nuevo procedimiento, limitándose, según su competencia y en su estricto ejercicio al análisis de la validez o no de la resolución impugnada resolviendo esa pretensión de nulidad con carácter exclusivo. Por lo demás el adjudicatario realiza alegaciones relativas a la confusión del recurrente en materia de los expediente que se han tramitado tanto por Galaria, como por el SERGAS, en términos análogos a las alegaciones efectuadas en tal sentido por el órgano de contratación y realiza, en fin,

alegaciones que defienden la legalidad de la resolución de adjudicación efectuada en el presente caso a su favor y que es objeto de este recurso, solicitando la desestimación del recurso interpuesto.

Sexto. Resulta, por tanto, necesario, con carácter principal, y casi exclusivo, proceder, a un análisis de la naturaleza jurídica del contrato que es objeto, su adjudicación, del presente recurso especial en materia de contratación, y para ello, lógicamente, debemos proceder al estudio de los documentos contractuales y los demás que constan en el expediente administrativo. Ya hemos señalado, en los antecedentes de hecho, que el objeto del contrato que nos ocupa, tal y como éste se define en la cláusula 1 del PCAP, lo configura señalando que *“el objeto del presente Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), es el servicio de mantenimiento y actualización tecnológica de la base instalada de aceleradores lineales Elekta dependiente de Galaria, Empresa Pública de Servicios Sanitarios, S.A. y ubicados en el hospital do Meixoeiro, para que puedan ser operativos cumpliendo estándares y normativas actuales y prolonguen su vida útil por tiempo indefinido. Ello lleva implícito que, para al menos uno de los equipos, (sic) su actualización a un sistema digital para técnicas avanzadas de radioterapia guiadas por imagen, la actualización de su hardware y software necesario, y el servicio de mantenimiento integral de los equipos y sistemas asociados.*

Este documento concreta el alcance y las condiciones de prestación de los servicios a contratar, los procesos, la metodología y los recursos técnicos y humanos que habrán de emplearse para el mantenimiento integral en las diferentes modalidades propuestas (preventivo, correctivo, predictivo y técnico-legal, etc.).”

Se añade, a efectos aclaratorios, respecto del concepto de Sistema Asociado, que *“se entiende como Sistema Asociado todo aquel equipamiento médico, electromédico así como estaciones de trabajo y paquetes de adquisición y aplicaciones que se adquirieron con el equipo principal siempre y cuando sea de uso exclusivo con éste o aquel que, siendo adquirido posteriormente, se utilice con el principal y esté siendo mantenido por el fabricante”.*

Igualmente, es descrito el objeto del contrato en el Pliego de condiciones jurídicas, en el que se define este de forma idéntica a la descrita en el Pliego de Cláusulas técnicas, y ello en la cláusula 2.1.1, de aquél.

No se observa por tanto, ninguna circunstancia o elemento definidor del objeto del contrato, en uno u otro pliego, que nos permita concluir que el objeto de éste es una adquisición de un nuevo equipo, configurando al contrato, en definitiva, como pretende el recurrente, en un contrato de suministro. Pero podemos ir más allá y analizar también las cláusulas de los pliegos relativas al contenido del contrato, para contemplar si éste incorpora al contenido de la relación jurídica, algún elemento que nos permita atisbar, si se quiere un contrato distinto al de servicios y que incorpore prestaciones o elementos propios del contrato de suministro. Aun cuando esta labor ha supuesto un estudio de los pliegos *in totum*, nos limitaremos a resaltar los aspectos esenciales o sustanciales de las cláusulas de éstos que, entendemos definen de mejor manera la prestación prevista como objeto del contrato.

Así, volviendo al pliego técnico, podemos observar las cláusulas 2, relativa a la *“finalidad del servicio a contratar”*, y que se refiere, concretamente, en lo que puede resultar más significativo a los efectos de este recurso, al mantenimiento integral de los equipos, *“que permitan prolongar las funciones técnicas, de diagnóstico y de terapia, para las que fueron requeridos en su momento”*, o bien, en relación con el ámbito de aplicación, cuando se hace referencia a que la actuación del contrato *“queda referida a los aceleradores marca Elekta y sistemas asociados, instalados en el Hospital...”*, añadiendo que el mantenimiento consiste en *“un servicio del tipo a todo riesgo, sin ninguna exclusión de elementos piezas y/o componentes”*. Por lo demás, en este pliego se recogen las prestaciones propias del mantenimiento y se diferencian, las propias del mantenimiento preventivo, el mantenimiento técnico legal, el predictivo y el correctivo, sin que ninguno de ellos, presente atisbo de prestación que deba ser incluida, en un contrato de suministro. Ciertamente, en el contrato que se analiza, vemos que se establece un concepto amplio del servicio de mantenimiento, entendido éste como integral o global, con respecto a toda clase de piezas, elementos componentes, etc, de los equipos en cuestión, pero ello, a juicio de este tribunal no hace abandonar al contrato su naturaleza

esencial de contrato de servicios, sin que podamos incorporar prestación o contenido de éste al contrato de suministro.

Por su parte, en el pliego de condiciones jurídicas, la perspectiva es la misma, como no podía ser de otra manera, cuando se hace referencia a las necesidades administrativas a satisfacer, se concretan, en *“conseguir la puesta a disposición el mayor tiempo posible y de la forma más eficaz y económica a largo plazo de los aceleradores marca Elekta, en las mejores condiciones de uso para las prestaciones para las que fue diseñado, manteniendo los parámetros de seguridad y respetando la normativa vigente”*, en la cláusula 2.3, del pliego citado, poniendo de manifiesto, la circunstancia de que el contrato de referencia se está, en todo momento circunscribiendo al ámbito de los equipos existentes, y no a otros que los vayan a sustituir, las referencia en los pliegos, son en todo momento, relativas a los equipos existentes con anterioridad a la celebración del contrato y en ningún momento cabe apreciar característica o prestación del contrato que nos permita concluir que bajo estas prestaciones se intenta esconder un contrato de adquisición de un elemento nuevo, un contrato, en definitiva de suministro, tal y como se defiende por el recurrente.

Por lo demás, y siguiendo con el análisis de la documentación contractual, el precio del contrato, es también un elemento, a nuestro juicio concluyente para reflejar que estamos en presencia de un contrato que no tiene por objeto adquisición alguna de la naturaleza que se propugna por el recurrente en su escrito inicial, toda vez que los precios que se prevén como valor estimado del contrato, su desglose presupuestario y, fundamentalmente, el precio que en el mercado tienen esta tipo de equipos, que es superior notablemente, al valor que se fija en el contrato que nos ocupa ahora, reflejan y ponen de manifiesto, igualmente, que el objeto del contrato se centra en lo que en sus documentos se concreta, sin ir más allá, es decir, que el objeto contractual no deja de ser un mantenimiento de equipos y no, porque entonces el valor estimado, y su forma de pago, serían distintas a las que se hace constar en el pliego jurídico, y no como decíamos, un suministro o adquisición de un nuevo equipo, en el que el valor de éste sería muy superior y el pago se haría en un tiempo inferior al que se referencia en el presente contrato.

También la ejecución del contrato nos refleja el estar en presencia, tal y como defiende el órgano de contratación en su informe, de un contrato de servicios, y así cuando se hace referencia a tal ejecución, en la cláusula 8 del pliego jurídico, se concretan las prestaciones del contratista adjudicatario en la gestión de un mantenimiento integral, con las condiciones propias de este servicio, tales como gestionar el mismo, responsabilizarse de éste, del personal que lo preste, disponiendo de un servicio de atención de los denominados “365X24”, propio de este tipo de contratos, la obligación de suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil por la prestación objeto del mismo, previendo, de forma expresa, la vida útil del equipo considerando éste en su conjunto y no en atención a las piezas que lo configuran, etc. Elementos estos que citamos aquí, que reiteran lo dicho antes, la amplitud del mantenimiento y la obligación como parte de él, como elemento integrante del contrato de la obligación global de atender a todos los elementos del equipo, pero sin que ello se pueda considerar una adquisición de uno nuevo, ya que de toso los elementos a que venimos haciendo referencia como descriptivos del contrato, el objeto de éste recae sobre un equipo ya adquirido con antelación, y no sobre un nuevo equipamiento, que, a todas luces, resulta un contrato con un objeto claramente definido que recae sobre un nuevo equipo y sobre una adquisición del mismo a cambio de un precio, elementos éstos, los comentados, que no aparecen, con evidencia, en la documentación contractual analizada.

Del conjunto documental aportado, nos encontramos, a nuestro juicio, con claridad con el hecho de que el contrato de continua referencia no es más que lo que refleja, o no es sino lo que expone en su objeto, un contrato, por tanto y en definitiva de prestación de servicios de mantenimiento integral de equipos médicos de una alta sofisticación, y hasta ahí llega ese contrato, no alcanza por tanto, en contra de lo manifestado de contrario por el recurrente, ninguna prestación extraña al contrato de mantenimiento, no supone por tanto, en conclusión un contrato de suministro o adquisición de un nuevo equipo acelerador lineal.

Sin ánimo de ser exhaustivos, también se llega a la misma conclusión, cuando se analiza la clasificación exigida, cláusula 5.3.f, del pliego jurídico, que es la correspondiente al GRUPO P, “*servicios de mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones*”, subgrupo 4 “*equipos de instalaciones de electromedicina*”, y en cuanto a la nomenclatura

CPV, ocurre lo mismo, “servicios de mantenimiento y reparación”, y CPA, “servicios de reparación y mantenimiento de aparatos radiológicos, electromédicos y electroterapéuticos”, cláusula 2.1.3, del mismo pliego comentado.

Por último, otro de los documentos contractuales que pueden clarificar el real objeto de la prestación contratada en el caso que nos ocupa, es el que se denomina A del Comité de Valoración de la oferta técnica para la contratación del Servicio de Mantenimiento y Actualización tecnológica de la Base instalada de Aceleradores Lineales Elekta, dependiente de Galaria, Empresa pública de Servicios Sanitarios, S.A, y ubicados en el hospital de Meixoeiro (Expediente NB-GLR1-14-001). Pues bien, este documento que detalla la fase previa a la resolución de adjudicación, esto es el análisis de la oferta presentada por ELEKTA MEDICAL S.A.U, es también lo suficientemente expresivo de la realidad de la prestación que el contrato, a que nos venimos refiriendo, comporta.

En todo momento, lógicamente, se está haciendo referencia a la única empresa que ha presentado las ofertas, esto es ELEKTA MEDICAL S.A.U, analizándose, en primer lugar la oferta económica, en la que la financiación se divide en 48 cuotas a partir de la finalización y aceptación de los trabajos de actualización mediante el test correspondiente. En cuanto a la oferta técnica, que se analiza en segundo lugar, señalando que determinados elemento del acelerador SL18, están en un estado de obsolescencia por antigüedad de los mismos, describiéndose cuáles son esos elementos afectados (páginas 2-4 de la Acta de referencia), se hace referencia a otros contratos de mantenimiento también suscritos con ELEKTA MEDICAL S.A.U, relativos a los aceleradores a que se refiere este contrato, y a continuación se analiza también cuál es la necesidad de actualización del otro acelerador lineal, el SL75. Particularmente, se recogen los elementos de actualización que se refieren a cada uno de los dos aceleradores mencionados, ambos en la página 4 del Acta.

A continuación, en la página 5, se referencian las obras que deben desarrollarse para la actualización del acelerador, que incluye obras en instalaciones, y que, claramente, son secundarias en el contrato de referencia, incluyendo desmontajes y demoliciones, albañilería y obra de estructura, carpintería, revestimientos, suelos, etc.

Se incluyen en el contrato obras de seguridad, páginas 11 y 12; documentación necesaria del proyecto, y un resumen de la actualización del SL75, en la página 12 del Acta a que nos referimos, los cursos que debe realizar el personal para adaptarse a las nuevas actualizaciones, y el nombramiento del Director del servicio técnico y los coordinadores de éste, junto a los ingenieros del equipo técnico encargado de las prestaciones (página 25 del Acta), para concluir sobre la base de esta negociación desarrollada, al órgano de contratación, que esa negociación es suficiente para proceder a proponerla como solución a realizar por la empresa ELEKTA MEDICAL S.A.U. Se incluyen elementos tanto de la actualización, con detalle de los elementos que suponen estas, como los relativos al mantenimiento de los aceleradores, con especificación de los curso, preparación y equipo técnico encargado de ese mantenimiento y formación.

De todo lo hasta ahora analizado, no parece que es claro que el contrato de referencia no deja de ser un contrato de prestación de servicios, siendo el objeto concreto de éstos, el mantenimiento y la reparación o actualización de los aceleradores lineales. Quizá a este respecto debamos hacer una aclaración sustancial respecto de las prestaciones de este contrato, puesto que, efectivamente, cuando en relación con la reparación de equipos, como ocurre en este caso, se hace referencia expresa a la actualización de los mismos, junto al mantenimiento al que no consideramos ahora, se podrá llegar, por exceso, a que dicha actualización, supusiera en realidad una sustitución del antiguo equipo por otro nuevo, ya que si, por objeto de esa actualización fueran sustituidos todos los elementos del acelerador, todos ellos, sin excepción, dando lugar a un equipo nuevo, el contrato en realidad estaría escondiendo un suministro, pero, frente a ello, una actualización de elementos concretos, básicamente software, que todos conocemos que es obsoleto en escaso tiempo respecto de su compra, manteniendo nominal y también materialmente, el equipo original, no deja de ser una reparación, cualificada, sí, si se quiere, pero no abandona la naturaleza específica del contrato de servicios para adoptar, de forma fraudulenta y por tanto, contra ley, la naturaleza del suministro.

Centrándonos en nuestro caso, se observa que, nominal y sustancialmente los equipos originales, SL18 y SL75, subsisten, y lo único que se repara o actualiza, son aspectos concretos o partes específicas del equipo original, sin que pueda considerarse, al amparo del expediente tramitado, que otra cosa suceda, desapareciendo esos equipos originales

y sin que, en fin, ninguna prueba se haya aportado real y sustantiva en ese sentido, por el recurrente.

Todo ello supone, en suma, que, a la luz de la documentación obrante en el expediente, que incluye, de forma clara elementos típicos de esta prestación de mantenimiento junto con la de actualización, no cabe concluir otra cosa diferente, en relación con la naturaleza de la prestación que es objeto del contrato cuya adjudicación se recurre en el presente caso, que la misma es la de un contrato de servicios de mantenimiento integral, y no, por tanto, tal y como pretende acreditar la parte recurrente en sus alegaciones, un contrato de suministro de equipo médico de aceleradores lineales para radioterapia.

Séptimo. Sentado lo anterior, entraremos en el análisis de la actuación del órgano de contratación, que procede, respecto del mismo contrato de servicios, a su adjudicación mediante un procedimiento negociado, amparado en el artículo 170.d) del TRLCSP, es decir, fundándose en el hecho de que, por razones técnicas, ese contrato, sólo puede encomendarse a un empresario determinado.

Para determinar si resulta o no adecuado ese fundamento utilizado en el presente caso, acudimos a la memoria del contrato, en la que se pone de manifiesto que es característica diferencial de este tipo de contrato de equipamiento médico, en su condición de sistemas dinámicos que a lo largo de su vida útil, son sometidos a un proceso continuo y permanente de actualización tecnológica a cargo de las compañías fabricantes, que se convierten, así, en interlocutoras permanentes e imprescindibles, tanto para el mantenimiento técnico de este tipo de sistemas, como para evitar su obsolescencia, manteniendo, al mismo tiempo, un alto grado de seguridad. Estas consideraciones son las utilizadas, en el informe remitido por el órgano de contratación y en la memoria del contrato, para justificar la necesidad de acudir al contratista único en el presente contrato, al entender claramente acreditada esa vinculación que se produce entre el fabricante del equipo y el encargado de su mantenimiento, tanto en lo relativo a las actuaciones de puesta al día como en las que resultan de las nuevas prestaciones técnicas o de seguridad.

Consideramos la realidad y veracidad de este tipo de manifestaciones, toda vez que, efectivamente, difícil resulta atribuir un contrato de mantenimiento en los términos a que se refiere el presente contrato, y cuyo objeto es un aparato sofisticado, como ocurre con los aceleradores lineales de uso electromédico, cuando ese mantenimiento supone, adecuar el equipo ya adquirido por la entidad de que se trate, a nuevas tecnologías funcionales o de seguridad, realizadas sobre él, precisamente, y como no puede ser de otra manera, por el propio fabricante del equipo en cuestión.

Surge así esa vinculación técnica, entre el fabricante de este tipo de bienes de alta especialización y el encargado de su mantenimiento, y esta especial vinculación, a la que de forma expresa se refiere el propio recurrente, que la reconoce, y que, además ha resultado beneficiado por ella, en otros expedientes tramitados en el mismo ámbito territorial a que se refiere el presente contrato, al ser él mismo también, fabricante de este tipo de bienes; esta especialidad técnica que determina esa peculiar, si se quiere, vinculación entre fabricante y encargado del mantenimiento, es claramente reconocida por la norma de aplicación que a ella misma se refiere, precisamente en el precepto a que nos venimos refiriendo, el artículo 170.d) del TRLCSP, aplicable, cuando prevé y autoriza este procedimiento negociado, en los casos de un único empresario competente para realizar la prestación de mantenimiento.

Refiriéndonos al caso que nos ocupa en este recurso, tal vinculación se produce, desde el momento en que el equipo al que el contrato se refiere, y cuyo mantenimiento es objeto del mismo, es un equipo de la marca Elekta, al referirse de forma específica el contrato, como ya hemos visto antes, a los aceleradores lineales de esta marca, que se concretan en, de forma determinada, los dos aceleradores lineales Elekta existentes en el hospital do Meixoeiro, repitiéndose tal especificad de la marca de los aceleradores lineales, en diversos momentos del propio procedimiento, concretamente, tanto en la petición de ofertas, como en los pliegos del contrato, como en la propia resolución de adjudicación, la referencia es siempre a los aceleradores lineales Elekta.

Debemos entender, por tanto, correcta la fundamentación del presente contrato en la causa de la especialidad técnica que se ve amparada legalmente en el artículo,

reiteradamente citado 170.d) del TRLCSP, y correctamente utilizado en tales términos, en el presente caso, por el órgano de contratación.

Y aquí, es concretamente, donde cobra especial importancia la memoria justificativa que debe acompañar al expediente de contratación, en orden a poner de manifiesto las razones justificativas de acudir a un procedimiento negociado por esta especificidad técnica tantas veces aludida, es la memoria, repetimos, la que debe reflejar con claridad suficiente que este contrato no puede desenvolverse en los trámites del procedimiento abierto, sino que requiere un adjudicación directa, sin perjuicio de la previa negociación, y ello por existir tan solo un contratista competente, por razones técnicas para la prestación del servicio requerido. Acudiendo a este aspecto, concretamente a este documento del procedimiento nos encontramos con que, en lo esencial la memoria de le especificidad y técnica señala a estos efectos indicados que *“Elekta es el único proveedor que puede realizar la actualización, como así recoge en la declaración responsable de exclusividad que acompañamos al presente documento, por ser la fabricante de la base instalada, así como “por” (sic, en el documento original, nosotros entendemos que debe ser “para”), la realización del mantenimiento del citado equipamiento, por el hecho de ser la única que puede realizar la gestión remota dado el carácter exclusivo de las herramientas y porque únicamente los profesionales de la firma pueden acceder a los sistemas que permiten esta prestación con el alcance y las ventajas especificadas en los puntos anteriores”*, memoria y párrafo el transcrito que es el que sirve a los servicios jurídicos para informar favorablemente este procedimiento, tal y como consta en el expediente de contratación que se acompaña a los efectos de este recurso.

Entendemos que respecto de esta memoria deben ser destacados algunos aspectos esenciales, así, de un lado, señala el informante o redactor de la memoria, la existencia del certificado en el que la empresa justifica que es la única que puede desarrollar el objeto del contrato, al ser la entidad fabricante del mismo, certificado éste, el mencionado, respecto del cual, sin perjuicio de entenderlo como necesario, ya que si ni la propia empresa se responsabiliza o mejor, declara ser la única que puede realizar el contrato, mal se puede utilizar este procedimiento que parte de una especificidad técnica, debemos señalar, como decíamos, respecto de este certificado emitido por la propia empresa adjudicataria por especificidad , que no es, ni mucho menos suficiente a estos

efectos, al ser necesario, esencialmente, un certificado emitido por un técnico propio. Ello debe ser entendido en el sentido de que, el técnico en cuestión que emita este parecer debe ser independiente de la entidad que hace la declaración anterior, y siendo perteneciente en todo caso, a la entidad contratante, que acuerda la especificidad técnica, señalando, en definitiva que el certificado emitido por la primera es correcto, toda vez que a su juicio sólo esa entidad puede efectuar la prestación en que el contrato consiste, a fin de poder acudir, sin atisbo de error alguno, a un procedimiento excepcional, que no es general, por no promover la concurrencia y que, como tal, debe ser interpretado restrictivamente. Y por otro lado, acudiendo al fondo de la declaración misma, entendemos que esta memoria debe declarar suficientemente cuál es el fundamento específico para acudir a este procedimiento especial, la circunstancia de que es el contratista por el que se opta, el único que puede realizar la prestación que es objeto del contrato. En el presente caso, ambas exigencias concurren, toda vez que el certificado del técnico de la entidad contratante Galaria, manifiesta la exclusividad existente por razones técnicas, y además concreta las razones técnicas que justifican esa especificidad.

Octavo. Tal y como se alega en el escrito del recurso, debemos analizar si el contrato de servicios a que se refiere aquél, puede suponer una modificación del contrato originario de adquisición del acelerador lineal, mediante la introducción de nuevas prestaciones en el mismo, y, en todo caso, encontrándose vetada tal modificación por el TRLCSP. Efectivamente, el artículo 296 del TRLCSP que impone las sustituciones de los bienes suministrados, cuando la modificación esté prevista en el contrato de suministro. Pero como podemos observar fácilmente, en el presente caso, el contrato impugnado, nada tiene que ver con una sustitución del equipo inicialmente entregado, sino tan solo con su mantenimiento y actualización, no puede, por tanto, hablarse de un nuevo suministro, porque como hemos razonado antes, nada se deduce en tal sentido en los pliegos del contrato, nada se sustituye, sino que tan solo se contempla la prestación del mantenimiento en los términos ya señalados antes. Estamos en definitiva, en presencia de un contrato nuevo, con un objeto no previsto antes, y que se refiere a un suministro anterior, que no se modifica, sino que se completa, mediante un nuevo contrato que tiene por objeto el mantenimiento que no sustitución del suministro inicial.

Por ello, no cabe hablar aquí de las modificaciones de los contratos, que efectivamente, tienen a la luz de la normativa vigente, un carácter restrictivo y limitado a los supuestos previstos expresamente por la normativa citada, pero lo que ocurre en el presente caso, es otra cosa, se licita un nuevo contrato con una prestación de servicios referida a un contrato de suministro anteriormente celebrado y que se adjudica, precisamente, al mismo contratos al que inicialmente se le adjudicó el contrato de suministro, y todo ello, mediante la aplicación, previa la suficiente justificación de que sólo puede ser adjudicatario de esa prestación de mantenimiento el contratista que fabricó el bien inicialmente suministrado, por razones técnicas, derivadas de la especialidad de tales bienes, y debidamente incorporadas al expediente.

Todos los preceptos que al respecto se citan por el recurrente, se dirigen precisamente, a evitar que, por la vía de modificaciones contractuales, se proceda a alterar de forma sustantiva el contrato originario adjudicando al contratista, por la vía de la modificación del contrato una nueva prestación no contemplada en los pliegos y no vinculada con ese contrato. Pero el caso que se analiza en este recurso es diferente, al no contemplar un supuesto de modificación del contrato, sino una nueva licitación, aun cuando ésta sea desarrollada por el procedimiento negociado, a la luz de las especificidades técnicas, y al amparo de un precepto que lo autoriza expresamente en el ámbito de la Ley de Contratos. Precisamente, la regulación actual en materia de modificaciones contractuales, contenida sustancialmente en los artículos 105 y siguiente, de nuestra Ley de Contratos, lo que trata de impedir es, y así lo reconoce de forma expresa el propio recurrente, es que por la vía de la modificación contractual, se incorporen al contrato nuevas prestaciones que deben ser objeto de una licitación independiente, y en el caso que observamos como centro del presente recuso, la actuación de la entidad demandada ha sido, particularmente, la contraria, ya que al detectar la necesidad de atender al mantenimiento y actualización de los aceleradores lineales del hospital de Meixoeiro, procede a una nueva licitación con ese objeto contractual precisamente, cuya adjudicación se lleva a cabo por medio del procedimiento negociado, al así permitirlo, de forma también expresa el artículo 170.d) del TRLCSP.

Lo que el recurrente trata de señalar es que por la vía del contrato de mantenimiento se ha tratado por la administración, a través de un ente instrumental de la misma, de sustituir

un suministro por otro, pero para ello nada aporta el recurrente que acredite tal extremo, y lo único que resulta a la luz y vista del expediente es que la prestación de mantenimiento es la que, realmente, es objeto del contrato cuya adjudicación se impugna, y que no existe precepto alguno que impida, más bien al contrario que el mantenimiento de los equipos o bienes de alta sofisticación técnica, sean mantenidos y actualizados por el mismo que los construyó o fabricó, existiendo, en perjuicio de tales alegaciones del recurrente, un precepto que, de forma concreta, admite tal adjudicación negociada, cuando existe un solo prestador del servicio y así queda justificado en el procedimiento. La premisa de la que parte el recurrente, para terminar, es errónea de todo punto, porque no estamos en presencia de una modificación contractual acordada con vulneración de preceptos legales, sino de un contrato de servicios, específico y concreto que surge para esa entidad como necesario, respecto de unos bienes inicialmente suministrados.

Noveno. Entraremos, para terminar, en un breve análisis de las alegaciones realizadas por el recurrente y que no hayan sido consideradas anteriormente, y que se centran, de forma principal, en intentar acreditar el hecho de que nos encontramos, frente a lo anteriormente razonado, en presencia de un contrato de suministro, a la luz, según siempre el recurrente, de diversas actuaciones realizadas por el órgano de contratación, GALARIA, en nuestro caso, o el SERGAS, en otro, que reflejan la real intención de la administración autonómica de Galicia de proceder a contratar un nuevo suministro por la vía espuria de acudir a un contrato de mantenimiento.

Así, el recurrente, pone de manifiesto las diversas comunicaciones habidas con el SERGAS que entiende que reflejan la idea de la administración autonómica de proceder a adquirir un equipo de los que son objeto del presente recurso. A estos efectos, debemos considerar, además de las observaciones que se realizan en el escrito que se incorporó al presente recurso a instancia del órgano de contratación y que contiene las alegaciones de éste, en el sentido de que las personas jurídicas a las que se refiere el recurrente son distintas, diferenciándose, de un lado, el Servicio Gallego de Salud, o SERGAS, que es un organismo autónomo de carácter administrativo, para la gestión de los servicios sanitarios de carácter público, y de otro GALARIA, entidad que es sociedad anónima de capital íntegramente público y que es quien, concretamente, interviene en el presente contrato de servicios, que está perfectamente identificado con la referencia NB-

GLR1-14-001, y que es objeto de este recurso, y otro procedimiento que es el referenciado como DC-SER1-13-054, que se tramita por el SERGAS, para la contratación de una solución global que cubra las necesidades de realización de pruebas y procedimientos de diagnóstico por imagen, intervencionismo, medicina nuclear y radioterapia del Servicio Gallego de Salud, que es un contrato de colaboración público privada (artículo 11 de la LCSP), que se está tramitando por diálogo competitivo (artículo 179 y siguientes de la LCSP), con una duración de ocho años, y en el que interviene tanto el recurrente como el adjudicatario. Parece claro que estos contratos presentan las suficientes diferencias desde el punto de vista subjetivo, por las personas jurídico públicas intervinientes, y objetivo del mismo, para que entendamos completamente independientes estos procedimientos, con el que es objeto de este recurso, sin posibilidad de confusión del uno con el otro.

También referencia el recurrente diversas comunicaciones por él efectuadas con GALARIA, relativas a una previsión, no concretada, para la adquisición de un nuevo acelerador, pero que tampoco deben confundirse con este procedimiento, porque este que tiene por objeto la adquisición de un nuevo acelerador lineal, se tramita por el SERGAS, con la referencia ya expuesta antes, tratándose un procedimiento en el que participa el propio interesado, y que es el procedimiento referenciado como DC-SER1-13-054, ya mencionado antes.

Y, por último, incorpora el recurrente un recorte de prensa que tampoco, por razones obvias, de falta de concreción jurídica, que no le es siquiera exigible, y porque no es precisamente, el medio más adecuado para acreditar un hecho el reflejo que de ese hecho se pueda encontrar en una determinada noticia de un periódico, en el que la redacción de la noticia ni siquiera tiene una obligación de fundar la misma en unos hechos que se deban considerar como indubitados, y que no puede, por ello, tomarse como prueba suficiente, a nuestro efectos, de unas alegaciones que tratan, como venimos diciendo, de demostrar algo que no queda en absoluto reflejado en el expediente tramitado, y cuando la realidad es diferente a tales alegaciones demostrando, de forma tozuda, que la prestación objeto del presente contrato, el que es objeto el recurso interpuesto, no es otra que la que se fija en los documentos incorporados al expediente, esto es el mantenimiento de los aceleradores Elekta, y cuya adecuación y actualización

se adjudica por razones técnicas, y motivadas en el procedimiento, al mismo que fabricó el equipo, en unos términos en los que el recurrente no es ajeno al haber sido beneficiario de contratos de mantenimiento sustancialmente análogos, y todo ello, con fundamento en un precepto, el artículo 170.d) del TRLCSP.

En definitiva, algún tipo de prueba, distinto al utilizado por el recurrente, que como venimos viendo no es admisible a los efectos pretendidos, sería exigible para acreditar, de forma indubitada, que el contrato adjudicado por Galaria, y objeto del presente recurso es un contrato distinto del que dice ser y que tiene, por tanto un objeto distinto, radicalmente, al que se señala en los pliegos que rigen el contrato, que es como puede fácilmente verse en estos documentos, la prestación de un servicio, lejos del que se señala en el recurso por el recurrente y consistente, a la luz de las manifestaciones realizadas por éste, en un suministro de equipos electromédicos.

Procede, por tanto y a la vista de todas las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores, desestimar el presente recurso en su totalidad, al no poderse admitir que el procedimiento a que se refiere el mismo y que tiene por objeto la resolución de adjudicación, tenga un objeto distinto al expresamente previsto por la entidad contratante, esto es el mantenimiento y actualización de unos aceleradores lineales Elekta y cuya prestación, se atribuye por esas razones técnicas que se justifican en el expediente a la misma empresa que fabricó los citado equipos terapéuticos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por D. J.G.C.C., en nombre y representación de la mercantil VARIAN MEDICAL SYSTEMS IBÉRICA S.L; contra la resolución adoptada por Galaria Empresa Pública de Servicios Sanitarios de la Xunta de Galicia por la que se acuerda la adjudicación del expediente de contratación del “Servizo

de mantenimiento e actualización tecnológica de base instalada de aceleradores lineais Elekta dependiente de Galaria Empresa Pública de Servizos Sanitarios de la Xunta de Galicia e ubicados no hospital do Meixoeiro”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, y de acuerdo con el artículo 47.4 del mismo TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición de los recursos acumulados por lo que no procede la imposición de costas prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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