



**Recurso nº 8/2020**

**Resolución nº 307/2020**

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

En Madrid, a 5 de marzo de 2020.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. C. L. A., en nombre y representación de la mercantil ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U., contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones reguladores del procedimiento de contratación del “*servicio de mantenimiento del equipamiento marca GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA para los Centros Sanitarios de FREMAP*”, con expediente LICT/99/115/2019/0149, convocado por FREMAP, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 61, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Director Gerente de FREMAP, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 61, ha tramitado el procedimiento para la licitación del servicio de mantenimiento del equipamiento marca GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA para los Centros Sanitarios de FREMAP, expediente LICT/99/115/2019/0149.

El contrato no se divide en lotes. El valor estimado del contrato es de 1.790.928,00€, IVA excluido.

**Segundo.** Se publicó la licitación del expediente en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) el 10 de diciembre de 2019, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 12 de diciembre del 2019.

**Tercero.** La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), aprobada por 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

**Cuarto.** Según documento de 8 de enero de 2020 incorporado al expediente, a la fecha de envío del mismo no se podía remitir la certificación de licitadores presentados por el estado de tramitación del procedimiento.

**Quinto.** En la presente licitación son objeto de recurso los pliegos reguladores de la licitación, por los motivos que más adelante se dirán.

**Sexto.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente informe.

**Séptimo.** El 20 de enero de 2020 se dictó resolución por la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, en la que se acordó otorgar la suspensión del procedimiento solicitada por el recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

**Octavo.** El 22 de enero de 2020, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP. En fecha 29 del mismo mes, presentó alegaciones la empresa GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1.f) y 45 de la LCSP.



**Segundo.** Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, son objeto del recurso los pliegos reguladores del procedimiento de licitación, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

**Tercero.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

**Cuarto.** En cuanto a la legitimación, el recurrente ha justificado su voluntad de tomar parte en el procedimiento de licitación, acreditando un interés concreto y suficiente a efectos del artículo 48 de la LCSP.

**Quinto.** Respecto al fondo del recurso, este se fundamenta en los siguientes motivos:

- Inadecuación del procedimiento de adjudicación elegido, procedimiento negociado.
- Indebida configuración del Anexo I del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT).

**Sexto.** En primer lugar, la recurrente considera que se ha escogido indebidamente el procedimiento con negociación contemplado en la LCSP, pues siendo un procedimiento tasado, no concurre, sin embargo, ninguno de los presupuestos que habilitan su empleo. En concreto, considera la recurrente que no existen razones de exclusividad por razón de la prestación objeto del contrato, pues ella misma ha ejecutado contratos con objetos similares, por lo que decae el motivo que fundamenta el procedimiento con negociación.

Frente a ello, el órgano de contratación expone, por lo que aquí interesa, lo siguiente:



*“De forma previa a la publicación del procedimiento y en aras de cerciorarse sobre la existencia de competencia en el mercado en relación al citado servicio y consecuentemente, sobre la correcta elección del procedimiento aplicable al servicio de mantenimiento de equipos sanitarios marca GENERAL ELECTRIC, FREMAP realizó un análisis consultando a distintos proveedores, entre los que se encontraban: PHILIPS IBERICA, S.A.U, RADIOLOGÍA, S.A. y GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. En dicha consulta se planteaban las siguientes cuestiones:*

- Disponen de técnicos que han recibido formación continua y actualizada de sus ingenieros de servicio dándoles formación inicial, formación de continuidad en las actualizaciones que puedan producirse a lo largo de la vida del equipo.*
- Aplican los procedimientos de mantenimiento preventivo y correctivo recomendados por el fabricante, garantizando en todo momento el buen funcionamiento de los equipos.*
- Utilizan repuestos originales del fabricante.*
- Actualizan de forma continua los protocolos clínicos de diagnóstico y de las versiones de software desarrolladas por el fabricante.*
- Son los únicos que tienen capacidad de hacer diagnóstico y mantenimiento remoto de los equipos GE Healthcare (de aquellos equipos que permitan conexión a distancia).*

*Por un lado, las empresas PHILIPS IBERICA, S.A.U. y RADIOLOGÍA, S.A., presentaron respuesta confirmando su imposibilidad de participar en el procedimiento, al no reunir las condiciones exigidas y necesarias para la correcta prestación del servicio de mantenimiento de equipos marca GENERAL ELECTRIC.*

*Por otro lado, la empresa GENERAL ELECTRIC remitió a FREMAP una declaración responsable confirmando que contaba con plenas facultades para realizar el mantenimiento en los equipos sanitarios ya que estos han sido fabricados por ellos mismos y, además, cuentan con un servicio técnico propio y autorizado encargado de llevar a cabo el servicio de mantenimiento de los equipos de dicha marca. Además, cuentan con un soporte remoto cuyo software es propiedad intelectual del fabricante, lo*



*cual reduce de forma considerable los tiempos de respuesta ante incidencias y/o averías dada la amplia red de centros de FREMAP en la que se encuentran distribuidos los equipos. Este aspecto no se menciona por la recurrente en su escrito, por lo que este poder adjudicador interpreta que no tiene acceso remoto al software de GENERAL ELECTRIC.*

[...]

*La recurrente presenta contratos a modo ejemplificativo sobre su supuesta capacidad en lo relativo a la prestación del mantenimiento de equipos marca GENERAL ELECTRIC. Entiende este poder adjudicador que dichos contratos no pueden acreditar que la recurrente cuenta con plenas facultades para la ejecución del servicio objeto del presente recurso, pues si bien, dichos contratos se ciñen a una parte de los equipos incluidos en el servicio de mantenimiento objeto de la contratación ahora recurrida (TAC, RMN y Equipos de Rayos X), la parte recurrente no hace mención alguna al resto de equipos sanitarios que componen el objeto de esta contratación (Sistemas de Anestesia, Ecógrafo, PACS, Estación de trabajo, Central de Monitorización y Monitores de Constantes, Respirador), siendo estos una parte fundamental para el desarrollo de la prestación de la asistencia sanitaria en los centros de FREMAP, pues tienen un impacto directo en las intervenciones quirúrgicas de los pacientes.*

*Por otro lado, la recurrente hace referencia en su escrito a parte de los servicios incluidos dentro del objeto del contrato, como es la cobertura integral del mantenimiento (mantenimiento preventivo, test de seguridad eléctrica, mantenimiento técnico legal, mantenimiento evolutivo y mantenimiento correctivo) , tiempos de respuesta, sustitución de equipo y traslado del personal a los centros de FREMAP, pero no hace referencia en su escrito a uno de los requisitos técnicos solicitados como es el soporte remoto de los equipos, que permite un acceso inmediato- de manera remota por parte del servicio técnico a los equipos minimizando los tiempos de parada al no tenerse que desplazar el técnico al centro, por lo tanto es un acceso remoto totalmente necesario para la prestación del servicio, que tal y como indica GENERAL ELECTRIC en su certificado de exclusividad, se utilizan herramientas que son propiedad intelectual del fabricante, teniendo sólo GENERAL ELECTRIC capacidad de realizar ese diagnóstico y*



*mantenimiento remoto. El poder adjudicador observa que la recurrente no ha realizado un análisis de la totalidad de los requisitos solicitados en los pliegos lo que pone de manifiesto su falta de capacidad para realizar los mismos, tal y como esta Mutua analizó de forma previa a la selección del procedimiento, esta capacidad es exclusiva de GENERAL ELECTRIC.*

*En resumen, la finalidad del procedimiento de licitación que nos abarca no es otro que dar un servicio de mantenimiento a la totalidad de los equipos sanitarios de la marca GENERAL ELECTRIC y no un mantenimiento parcial, cuestión que se deduce del listado de contratos facilitados por la recurrente...”*

Planteados así los términos del debate, consta incorporado al expediente administrativo un documento en el que se incluyen las respuestas facilitadas por diferentes sociedades a las que el órgano de contratación planteó la posibilidad de ejecutar la prestación objeto de contrato; así como un informe del área técnica responsable emitido el 17 de octubre de 2019 a la vista de las investigaciones realizadas.

Respecto a las respuestas facilitadas por las empresas, por un lado, PHILIPS IBÉRICA, S.A., contestó a la solicitud de información: *“no tenemos técnicos formados para este tipo de equipamiento.”* Por otro, RADIOLOGÍA, S.A., contestó: *“Lamentablemente no podemos dar Soporte Técnico a los equipos incluidos en el listado.”*

En cuanto a la empresa GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U., empresa que se entiende es la única capacitada para llevar a cabo la ejecución del contrato, respondió en los siguientes términos:

*“A raíz de su solicitud como parte del Contrato en cuanto al mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos relacionados en el Anexo 1, le confirmamos mediante la presente carta que sólo General Electric Healthcare España, S.A.U., como el 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. La siguiente información puede ser relevante para su solicitud:*



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

*✓ Tiene la capacidad técnica para la formación continua y actualizada de sus ingenieros de servicio de campo e instruye a los mismos en centros de formación de GE Healthcare, dándoles, además de la formación inicial, formación de continuidad en todas las actualizaciones que puedan producirse a lo largo de la vida del equipo;*

*✓ Tiene la pericia técnica para el mantenimiento de los equipos diseñados y fabricados por GE Healthcare, utilizando para ello herramientas avanzadas que son propiedad intelectual del fabricante y que están diseñadas para minimizar el tiempo de reparación de los equipos;*

*✓ Aplica exactamente los procedimientos de mantenimiento preventivo y correctivo recomendados por el fabricante, en lugar de procedimientos generales recomendados por la industria;*

*✓ Utiliza **repuestos originales GE**;*

*✓ Sigue las **indicaciones del fabricante para la actualización continua de los protocolos clínicos de diagnóstico y de las versiones de software desarrolladas**, utilizando para ello protocolos y software que son propiedad intelectual del fabricante;*

*✓ Tiene **acceso a su departamento de ingeniería** con el fin de resolver problemas complejos con los equipos;*

*✓ Tiene la capacidad de hacer **diagnóstico y mantenimiento remoto** de los equipos GE Healthcare [para equipos que permiten la conexión a distancia], utilizando herramientas que son propiedad intelectual del fabricante para hacer diagnósticos predictivos remotos de los equipos;*

*✓ Dispone de un **sistema logístico** que permite disponer en 24 horas, en la mayoría de los casos, de cualquier pieza o repuesto requerido para la reparación de los equipos.”*



Respecto al informe técnico anteriormente citado, se pronuncia como sigue: *“la cobertura del mantenimiento será integral (preventivo, técnico-legal y correctivo) de todo el equipamiento que se recoge en el procedimiento de licitación”*. Y continúa señalando el área técnica responsable: *“Los fundamentos por el que el ATR considera que el proveedor indicado tiene derechos de exclusiva en la prestación del servicio son los siguientes:*

- *Disponen de técnicos que han recibido formación continua y actualizada de sus ingenieros de servicio dándoles formación inicial, formación de continuidad en las actualizaciones que puedan producirse a lo largo de la vida del equipo.*
- *Aplican los procedimientos de mantenimiento preventivo y correctivo recomendados por el fabricante, garantizando en todo momento el buen funcionamiento de los equipos.*
- *Utilizan repuestos originales del fabricante.*
- *Actualizan de forma continua los protocolos clínicos de diagnóstico y de las versiones de software desarrolladas por el fabricante.*
- *Son los únicos que tienen capacidad de hacer diagnóstico y mantenimiento remoto de los equipos GE Healthcare (de aquellos equipos que permitan conexión a distancia).*

*Dichas actuaciones llevan a considerar desde un punto de vista técnico, que la necesidad a satisfacer mediante la formalización del contrato, sólo puede encomendarse a GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA S.A.U., por razón de derecho de exclusiva. Así las cosas, en el Expediente de COFRE se puede visualizar el Certificado de Exclusividad expedido a tal efecto.”*

Respecto al objeto del contrato, el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), dispone en su cláusula primera: *“El objeto del presente pliego es definir el alcance y condiciones técnicas que regirán la contratación del servicio de mantenimiento de la licitación que nos concierne, recogidas en el apartado ANEXO I. CONDICIONES SERVICIO DE MANTENIMIENTO (del presente Pliego de Prescripciones Técnicas).”* Y el Anexo I, a la vista de la anterior remisión, determina: *“La prestación del servicio de*





*mantenimiento que FREMAP quiere contratar es una cobertura integral para el correcto funcionamiento de todos los equipos de la marca GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA que FREMAP tiene en sus diferentes Centros Sanitarios.”*

**Séptimo.** Para la resolución del presente recurso hemos de comenzar por recordar que los órganos de contratación disponen de libertad para configurar el objeto de sus contratos.

El contrato debe ajustarse a los objetivos que el órgano de contratación persigue para la consecución de sus fines, y a éste corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional del mismo, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP.

El artículo 28 de la LCSP dispone que: *“1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.*

Por su parte, el apartado 1 del artículo 99 de la LCSP establece: *“1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”.*

En el presente caso, tanto en el anuncio de licitación como en el cuadro resumen se indica que el procedimiento de adjudicación va a ser tramitado mediante negociación sin publicidad, si bien es cierto que no se especifica el precepto que ampara tal decisión.



En la página 37 del pliego de cláusulas se concretan las condiciones de negociación, pero no se especifican razones o motivos que justifiquen la utilización de este procedimiento.

Pues bien, debemos recordar que la elección del procedimiento de adjudicación debe ser motivada. En primer lugar, porque el artículo 116.4 de la LCSP dispone: “4. *En el expediente se justificará adecuadamente: a) La elección del procedimiento de licitación*”.

En segundo lugar, porque el procedimiento con negociación supone un procedimiento no ordinario, por disposición del artículo 131.2 de la LCSP, según el cual: “2. *La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.*”

*En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación, y en los indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación*”.

Y en tercer lugar, porque el carácter tasado de estos procedimientos se reafirma en el artículo 166.3 de la LCSP, cuando dice que: “3. *Los procedimientos con negociación podrán utilizarse en los casos enumerados en los artículos 167 y 168*”.

La falta de justificación per se no parece un vicio de nulidad suficiente para declarar la ineficacia del pliego, toda vez que, pudiendo examinarse el expediente en su integridad puede fácilmente comprenderse, a la vista del informe técnico de 17 de octubre de 2019, que se ha escogido un procedimiento de negociación sin publicidad por la exclusividad en la prestación del servicio.

No obstante, hemos de continuar el examen de legalidad en los términos que plantea el recurrente, y que se refiere a la pertinencia o concurrencia de la causa de exclusividad en la que se ampara la elección del procedimiento negociado.



El artículo 168.a).2º de la LCSP preceptúa: “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”.*

Considera este Tribunal que la exclusividad ha sido justificada tanto en la forma como en el fondo. En cuanto a la forma, el órgano de contratación ha llevado a cabo actividades de prospección en el mercado tratando de averiguar en qué términos se podrían satisfacer las necesidades objeto de contrato. Y al respecto, por un lado, ha encontrado respuestas negativas de potenciales licitadores, y por otro, la empresa del grupo fabricante de los aparatos a mantener ha sido que “sólo **GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U., como el 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”.

Es cierto que la consulta a determinados licitadores no permite aseverar que exista exclusividad por razón del objeto, pues el mercado, aunque por razones técnicas no sea muy amplio, desde luego no se agota en tres empresas, pues ello conduciría a un oligopolio sobre el que nada se ha mencionado.

Sin embargo, y es por ello que también consideramos justificada la elección del procedimiento en cuanto al fondo, el órgano de contratación, ante una situación como la descrita, en la que potenciales licitadores manifiestan no poder prestar el servicio, y otro declara que sólo él puede prestarlo en exclusiva, actúa razonablemente y conforme a



Derecho cuando decide acudir a un procedimiento negociado, y al efecto acompaña un informe técnico explicativo.

Aunque el recurrente indica que: *“no existe motivo alguno que permite restringir la competencia y atribuir el mantenimiento de los equipos de FREMAP en exclusiva a su fabricante y no le hacen merecedor de tal exclusividad. Ello puesto que la empresa que representamos tiene igual o superior capacidad en el mantenimiento de estos equipos. Nuestro personal cuenta con la formación debida y con la solvencia técnica para ello. Ello, a mayor abundamiento, a la vista de que **la solvencia técnica requerida por el pliego es también satisfecha por nuestra empresa.***

*Pues bien, **nuestra empresa tiene las mismas capacidades, tenemos acceso también a nuestro departamento de ingeniería, aplicamos las operativas de mantenimiento según cada fabricante, disponemos de un sistema logístico que nos permite disponer de piezas en las condiciones recogidas en el pliego, utilizamos repuestos originales, en definitiva, aplicamos todas las recomendaciones dadas por la AEMPS.***

Lo cierto es que la empresa GENERAL ELECTRIC declara que sólo dicha empresa puede prestar el servicio integral que se plantea. Y se hace hincapié en el informe al recurso en un aspecto que también consta en el informe técnico, y es el relativo al acceso remoto. Se indica en el informe que GENERAL ELECTRIC: *“Son los únicos que tienen capacidad de hacer diagnóstico y mantenimiento remoto de los equipos GE Healthcare (de aquellos equipos que permitan conexión a distancia)”*.

Así lo pone de manifiesto GENERAL ELECTRIC en su comunicación cuando indica que: *“Tiene la capacidad de hacer **diagnóstico y mantenimiento remoto** de los equipos GE Healthcare [para equipos que permiten la conexión a distancia], utilizando herramientas que son propiedad intelectual del fabricante para hacer diagnósticos predictivos remotos de los equipos”*.

El acceso remoto constituye parte de las prestaciones a ejecutar, regulándose en el Anexo II del PPT.



El recurrente presenta diferentes contratos mediante los cuales pretender probar que dispone de capacidad suficiente para la prestación del servicio. Sin embargo, el órgano de contratación considera que tales pruebas no son demostrativas de que no exista la exclusividad invocada, señalando:

*“La recurrente presenta contratos a modo ejemplificativo sobre su supuesta capacidad en lo relativo a la prestación del mantenimiento de equipos marca GENERAL ELECTRIC. Entiende este poder adjudicador que dichos contratos no pueden acreditar que la recurrente cuenta con plenas facultades para la ejecución del servicio objeto del presente recurso, pues si bien, dichos contratos se ciñen a una parte de los equipos incluidos en el servicio de mantenimiento objeto de la contratación ahora recurrida (TAC, RMN y Equipos de Rayos X), la parte recurrente no hace mención alguna al resto de equipos sanitarios que componen el objeto de esta contratación (Sistemas de Anestesia, Ecógrafo, PACS, Estación de trabajo, Central de Monitorización y Monitores de Constantes, Respirador), siendo estos una parte fundamental para el desarrollo de la prestación de la asistencia sanitaria en los centros de FREMAP, pues tienen un impacto directo en las intervenciones quirúrgicas de los pacientes.*

*Por otro lado, la recurrente hace referencia en su escrito a parte de los servicios incluidos dentro del objeto del contrato, como es la cobertura integral del mantenimiento( mantenimiento preventivo, test de seguridad eléctrica, mantenimiento técnico legal, mantenimiento evolutivo y mantenimiento correctivo) , tiempos de respuesta, sustitución de equipo y traslado del personal a los centros de FREMAP, pero no hace referencia en su escrito a uno de los requisitos técnicos solicitados como es el soporte remoto de los equipos, que permite un acceso inmediato- de manera remota por parte del servicio técnico a los equipos minimizando los tiempos de parada al no tenerse que desplazar el técnico al centro, por lo tanto es un acceso remoto totalmente necesario para la prestación del servicio, que tal y como indica GENERAL ELECTRIC en su certificado de exclusividad, se utilizan herramientas que son propiedad intelectual del fabricante, teniendo sólo GENERAL ELECTRIC capacidad de realizar ese diagnóstico y mantenimiento remoto. El poder adjudicador observa que la recurrente no ha realizado un análisis de la totalidad de los requisitos solicitados en los pliegos lo que pone de manifiesto su falta de capacidad para realizar los mismos, tal y como esta Mutua analizó*



*de forma previa a la selección del procedimiento, esta capacidad es exclusiva de GENERAL ELECTRIC’.*

Como es perfectamente comprensible, no se puede exigir al recurrente la prueba de haber prestado servicio respecto a todas y cada una de las máquinas objeto del contrato a licitar, no obstante, es cierto que el recurrente no demuestra estar en disposición de prestar los servicios que GENERAL ELECTRIC declara prestar en exclusiva, por lo que no hay motivos para considerar que GENERAL ELECTRIC habría presentado una declaración falsa a efectos de restringir la concurrencia en un procedimiento de licitación del sector público.

**Octavo.** Este Tribunal, en la Resolución nº 316/2017, 31 de marzo (y otras, Resolución nº 363/2017, 21 de abril, Resolución nº 530/2016, 8 de julio y Resolución nº 410/2016, 27 de mayo, Resolución nº 444/2017, de 27 de mayo); consideró que *“En resolución de este Tribunal nº 292/2013, ya se señaló que la utilización del procedimiento negociado sin publicidad solo es admisible cuando exista un único empresario o profesional al que pueda encargársele el trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos, sin que sea suficiente que la selección de ese único empresario sea consecuencia de una mera conveniencia del órgano de contratación...”*

La Resolución nº 151/2016, 19 de febrero recoge dos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado relevante acerca de la concurrencia de razones técnica que justifican la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad; así: *“En relación la aplicación de este procedimiento se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que en el informe 11/2004, de 7 de junio, referido a la ‘Aplicación del procedimiento negociado del artículo 210, letra b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la contratación de un arquitecto por considerar razones artísticas’, establece como doctrina que ‘La utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse ‘debidamente’ en el expediente. La causa justificadora del procedimiento negociado del artículo 210 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es que, solamente, exista un único empresario o profesional al que pueda encargarse el*



*objeto del contrato y que ello sea debido a causas técnicas, artísticas y de protección de derechos exclusivos. Resulta evidente, por tanto, que esta causa justificadora del procedimiento negociado no reside en el carácter artístico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario o profesional al que pueda encargársele el trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos’.*

*La misma doctrina se reitera en informe 52/06, de 11 de diciembre, en el que concluye que: ‘Como se aprecia claramente lo decisivo para la utilización del procedimiento negociado, por esta causa es que exista un solo empresario al que pueda encomendarse la ejecución de la obra, siendo motivo indirecto y remoto el que ello sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos. En el presente caso, debe descartarse la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad por esta causa dado que no es que exista un único empresario para la realización del trabajo, sino que los servicios técnicos aconsejan solicitar oferta a un único empresario, porque lo contrario entrañaría «distorsiones evidentes»’.*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 35/2015, de 13 de julio de 2017, estudia la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas, artísticas o para la protección de derechos exclusivos en los contratos sujetos al TRLCSP y que resultan trasladables a la LCSPSYD, así:

*“3. La resolución de la consulta planteada nos exige partir de la interpretación que a este recurso del procedimiento negociado se ha dado en el ámbito del derecho comunitario, de capital influencia, como es conocido, en la contratación pública interna. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2004, en el asunto Comisión/Italia, C- 385/02 nos dice lo siguiente: ‘el artículo 7, apartado 3, letra b), de la Directiva autoriza el recurso al procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, para las obras cuya ejecución, por razones técnicas, sólo puede encomendarse a un empresario determinado. Las disposiciones del artículo 7, apartado 3, de la Directiva que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la*



*excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). De ello se desprende que las autoridades italianas deben probar que existían razones técnicas que hacían necesaria la adjudicación de los contratos públicos controvertidos al empresario encargado del contrato inicial.*

*Se hace menester en estos casos recordar que la utilización del procedimiento negociado por razones técnicas se configura como una excepción a la regla general de concurrencia y que su aplicación, precisamente por ello, está condicionada a la presencia de una serie de condiciones previamente definidas por el legislador. Restringe también este instrumento la aplicación de la regla establecida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público relativa a la necesidad de solicitar, al menos, tres ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que eso sea posible. E incluso, cuando se acude al procedimiento negociado sin publicidad, puede afectar también a este principio de publicidad. Por eso, como señala la sentencia trascrita, la interpretación de estos supuestos debe ser estricta, con el fin de atenuar los efectos desfavorables para la concurrencia y, por otro lado, debe ser objeto de la pertinente prueba por parte del órgano de contratación. Así lo manifiesta, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 2016, en la que se alude a la idea del carácter excepcional y tasado del procedimiento negociado sin publicidad, lo que exige que su utilización se funde en la concurrencia y acreditación clara e irrefutable de que acontece algún supuesto de hecho de exclusividad o de razones impeditivas de la concurrencia que lleven a aplicar la excepción de licitación abierta o restringida.*

*4. Por lo que hace al específico supuesto de la letra d) del artículo 170, esta causa de aplicación del procedimiento negociado tiene su origen en el derecho comunitario y se manifiesta hoy en el artículo 32.2 b) de la Directiva 2014/24/UE que alude al supuesto de que los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto porque no exista competencia por razones técnicas. De acuerdo con la jurisprudencia europea (por ejemplo, en la sentencia antes citada) este supuesto está subordinado a la concurrencia de dos requisitos cuales serían: que existan razones*





*técnicas que lo justifiquen y que estas razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada. En nuestro informe 11/2004, de 7 de junio, indicamos que la ley no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad de adjudicar el contrato directamente a un empresario. Por el contrario, este recurso sólo cabe cuando la ejecución del contrato sólo se pueda encomendar a un único empresario. En nuestro informe 52/2006, de 11 de diciembre, declaramos que lo decisivo en este tipo de casos es que exista un único empresario a quien pueda encomendarse la ejecución del contrato, de modo que la especificidad técnica debe configurarse en estos casos como un motivo indirecto y remoto. En resumen, lo más importante para poder aplicar el procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público es que exista una única empresa capacitada para ejecutar el contrato, no existiendo concurrencia efectiva en este supuesto.*

*5. En la medida en que la concurrencia es uno de los principios esenciales de la contratación pública, el órgano de contratación asumirá la carga de probar que procede la aplicación de este supuesto. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Cuentas en su informe 1066, de 20 de diciembre de 2014. 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. Tal acreditación puede realizarse mediante un informe técnico en el que se ofrezcan argumentos suficientes como para considerar motivada la concurrencia de una sola empresa (vid. Nuestro informe nº 23/10, de 24 de noviembre de 2010 y los informes de 30 de marzo y 7 de junio de 2004 y de 30 de octubre de 2006, emitidos en los expedientes 57/03, 11/04 y 35/06). El propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 504/2014 va más lejos aún y señala que “La posibilidad de emplear el procedimiento negociado por razones de exclusividad técnica, en los supuesto de mantenimiento de bienes de alta especialización adjudicados a las entidades fabricantes, conlleva la necesidad de incorporar un certificado, emitido por un técnico independiente, por el que se acredite que es la única entidad que puede realizar el objeto del contrato”. En esta misma línea se manifiesta nuestro informe 2/2013, de 25 de julio de 2014, relativo a los contratos de defensa jurídica y judicial. En él expusimos que el hecho de haber llevado pleitos anteriormente o de tener un conocimiento específico de una materia*



*concreta no es causa justificativa para el empleo del procedimiento negociado por razones técnicas, dado que no conlleva la exclusividad en este tipo de actividad. Recordamos entonces nuevamente que el uso del procedimiento negociado es verdaderamente excepcional dentro de nuestra legislación de contratos, por lo que debe ser estudiado con gran rigurosidad y que el órgano de contratación debe responsabilizarse de la elección del procedimiento negociado para garantizar que tenga un adecuado encaje en el caso concreto. Por último, podemos citar nuestro informe 52/06, de 11 de diciembre, en el que descartamos la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad por esta misma causa cuando los servicios técnicos del órgano de contratación aconsejaron solicitar oferta a un único empresario porque lo contrario entrañaría «distorsiones evidentes».*

A la vista de la doctrina expuesta, y de que en el presente caso se ha incorporado una comunicación de la empresa GENERAL ELECTRIC en la que declara que sólo ella puede prestar el servicio integral propuesto; constan declaraciones de terceros licitadores que declaran no poder prestar el servicio a licitar; y se integra en el expediente un informe de la unidad técnica del órgano de contratación que razona la comunicación de la empresa y justifica la exclusividad en la prestación del servicio a la vista del objeto del contrato, debe desestimarse el recurso.

La LCSP no impone trámites adicionales, tampoco lo hace la Directiva 2014/24, motivo por el cual se entiende que la elección del procedimiento es conforme a Derecho. A su vez, el recurrente no ha probado indubitadamente que la declaración de GENERAL ELECTRIC sea falsa, justificando su capacidad para prestar la totalidad del contrato. En consecuencia, el primer motivo del recurso no puede prosperar.

Con carácter epílogo, debemos manifestar que aunque el órgano de contratación haya cumplido en cuanto a la forma y al fondo con los trámites necesarios para poder acudir legalmente a un procedimiento negociado sin publicidad, se recomienda la utilización preferente del procedimiento abierto, procedimiento catalogado por el legislador como ordinario, siempre que puedan existir dudas sobre la posible exclusividad en la prestación. En el momento en que se ha de acudir al mercado a preguntar sobre esta circunstancia, parece claro que no existe una evidente situación de exclusividad. Por



tanto, en aras a no perjudicar la concurrencia e igualdad entre licitadores, es preferible acudir al procedimiento abierto.

Ante el temor de los órganos de contratación de que participen licitadores que no dispongan de la aptitud necesaria o no puedan cumplir satisfactoriamente la ejecución del contrato, la LCSP establece diferentes mecanismos para prevenir, reparar y sancionar tales actitudes; por lo que deberá primar el respeto a los principios genéricos de la contratación: concurrencia, igualdad y publicidad; frente a perjuicios hipotéticos que pueden ser prevenidos, reparados o sancionados adecuadamente.

**Noveno.** El recurso de ALTHEA plantea dos motivos más en los que se cuestiona la legalidad de exigir a los licitadores, en el Anexo I del PPT, la disposición de dos elementos diferentes, uno: *“Tener autorización por el fabricante del equipamiento para acometer las tareas de asistencia técnica y mantenimiento, incluido los permisos para acceder al software de los mismos, además de disponer de repuestos y accesorios oficiales”*; y otro: *“Tener otorgada licencia por la Agencia Sanitaria de Medicamentos y productos Sanitarios para la comercialización (venta y distribución), instalación y mantenimiento de sus productos en España”*.

Pues bien, ambos elementos, en congruencia con los fundamentos de derecho anteriores, no resultan lesivos para los intereses de la recurrente, una vez que se ha admitido la legalidad del procedimiento de adjudicación escogido, fundamento en la exclusividad en la prestación del servicio por GENERAL ELECTRIC. En consecuencia, deviene ya inexistente aquí la legitimación de la recurrente, pues el artículo 48 de la LCSP solo la reconoce a aquellos *“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”*. ALTHEA ya no puede obtener provecho de un procedimiento en el que no puede materialmente participar, pues se ha llegado a la conclusión de que solo un proveedor puede prestar el servicio, motivo por el cual no tiene ya interés en la configuración de los elementos reguladores de la licitación.

La situación en la que se encontraría ALTHEA frente al procedimiento de contratación impugnado es pareja a la de un licitador excluido, el cual tendría derecho a impugnar su



exclusión, pero no el resto de actos dictados en el procedimiento respecto al cual se hubiera considerado que había sido válidamente excluido. Podemos citar al efecto la resolución nº 1064/2015, de 20 de noviembre, en la que decíamos:

*“En fin, la jurisprudencia también señala que, al conceder el artículo 24.1 de la Constitución Española el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales –y por ende, a los órganos administrativos- la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales o procedimentales administrativas utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales o procedimientos administrativos. Por ello, de manera reiterada en nuestra doctrina a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido (por todas Resoluciones 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, y nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012), con fundamento en el estricto mandato contenido en el hoy artículo 42 del TRLCSP, hemos declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública”.*

En consecuencia, el recurso debe ser íntegramente desestimado.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. C. L. A., en nombre y representación de la mercantil ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U., contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones reguladores del procedimiento de contratación del “servicio de mantenimiento del equipamiento marca GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA



para los Centros Sanitarios de FREMAP”, con expediente LICT/99/115/2019/0149, convocado por FREMAP, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 61.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.