



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 19/2014

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a la contractació de l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en radioteràpia i radioprotecció per al nou Hospital Universitari Son Espases

SSCC DC 81/09

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: Varian Medical Systems Ibérica, SL

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació de 22 d'agost de 2014 pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per Varian Medical Systems Ibérica, SL, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual es revisen les deduccions aplicables al pagament per disponibilitat corresponent al primer trimestre de 2014, del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a la contractació de l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en radioteràpia i radioprotecció per al nou Hospital Universitari Son Espases

Fets

1. El 14 d'octubre de 2010, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i el representant de Varian Medical Systems Ibérica, SL, varen signar el contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a la contractació de l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en radioteràpia i radioprotecció per al nou Hospital Universitari Son Espases.
2. El 25 d'abril de 2014, el subdirector de Gestió i la directora de Gestió de l'Hospital Universitari Son Espases (en endavant, l'Hospital) varen emetre un informe sobre la revisió del servei de disponibilitat corresponent al primer trimestre de 2014, concretament al període de desembre de 2013 a febrer de 2014, d'acord amb l'apartat 7 del Document de determinació de mitjans que va regular la licitació.



3. El 2 de maig de 2014, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual es revisen les deduccions aplicables al pagament per disponibilitat corresponent al primer trimestre de 2014 i s'estableix una deducció per un total de 1.811,21 euros, d'acord amb l'apartat 17 del Document de determinació de mitjans que va regular la licitació i l'informe esmentat. Aquesta Resolució es va notificar al contractista el 9 de maig de 2014.
4. El 9 de juny de 2014, el representant de Varian Medical Systems Ibérica, SL, va interposar davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa un recurs especial en matèria de contractació contra aquesta Resolució.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual es revisen les deduccions aplicables al pagament per disponibilitat corresponent al primer trimestre de 2014 d'un contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveia l'article 37 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, en la redacció anterior a l'entrada en vigor de la Llei 34/2010, de 5 d'agost, i vigent en el moment en què es va adjudicar definitivament el contracte, s'hi pot interposar el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, d'acord amb l'apartat 13 de l'article 2 i l'article 7 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva.

Atès que la tramitació de l'expedient de contractació es va iniciar l'any 2009, hi és aplicable la normativa vigent en aquell moment, concretament la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), tot això d'acord amb la disposició transitòria primera del Text refós de la Llei de



contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

2. El recurs especial que ha interposat el representant de l'empresa Varian Medical Systems Ibérica, SL, es fonamenta en la disconformitat amb l'import de la deducció que se li ha aplicat per manca de disponibilitat d'un element de l'equipament de l'àrea de radioteràpia i radioprotecció, corresponent al primer trimestre de 2014.

Concretament, el recurrent afirma que l'equip que va estar aturat durant tot el trimestre, l'electròmetre IONEX DOSEMASTER, forma part d'un conjunt d'equips i que el fet que aquest element no estigués disponible no duu aparellat la indisponibilitat de la resta d'equips.

Per aquest motiu, considera que l'import que se li hauria d'imposar com a penalitat (en realitat, deducció) ha de ser d'un import inferior, equivalent al pes específic que l'electròmetre té en el conjunt. El recurrent adjunta al recurs una taula de valoració en la qual s'atribueix un percentatge a cada un dels elements del conjunt de l'equipament de dosimetria –conjunt en què s'integra aquest element i al qual l'empresa, en l'oferta, va assignar un import anual de 7.100 euros. En aquesta taula figura un percentatge del 4 % per a l'electròmetre esmentat.

A més, el recurrent afirma que la indisponibilitat de l'electròmetre no ha pertorbat el funcionament normal de l'àrea d'oncologia radioteràpica de l'Hospital, atès que hi ha altres electròmetres amb funcions anàlogues, motiu pel qual considera que no s'ha incomplert l'acord de disponibilitat total i que, per tant, la deducció no és procedent.

Per tot això, el recurrent sol·licita que s'anul·li la Resolució que s'impugna i que s'incorpori a l'expedient de contractació la taula de valoració esmentada, a fi que serveixi de referència per al càlcul de les deduccions futures.

3. El document contractual anomenat “Document descriptiu per a la contractació de l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en radioteràpia i radioprotecció per al nou Hospital Son Dureta a Son Espases” fa algunes referències al servei de disponibilitat en els termes següents:

1.1.1. Alcance del objeto de este documento



[...]

Servicio de disponibilidad, incluyendo el mantenimiento integral de los equipos y auxiliares directamente relacionados con los mismos, desde la formalización del contrato o fecha que indique el ib-salut, iniciándose el mantenimiento con el parque del actual hospital, y antes del traslado y puesta en marcha del nuevo centro.

[...]

1.4. Otros aspectos del contrato

[...]

El licitador deberá realizar una propuesta de disponibilidad total de los equipos que pasará a formar parte del contrato; indicará el servicio técnico disponible en la zona (indicando la delegación de referencia) y describir los medios técnicos y humanos disponibles para realizar el mantenimiento de los equipos y sistemas anexos. Debe indicarse de manera clara el tiempo de respuesta en caso de avería, [...]

2. “Propuestas Iniciales de Solución”

La translación de riesgos al adjudicatario es una condición básica de este contrato. El licitador debe contemplar en su propuesta la asunción del riesgo de disponibilidad, lo que supone asegurar durante la vida del contrato que el adjudicatario es el encargado de que todas las unidades asistenciales del Hospital disponen del equipamiento para realizar su función con todas las garantías establecidas. La remuneración periódica del adjudicatario estará completamente ligada a la disponibilidad de todos y cada uno de los equipos. [...]

El Programa funcional del diàleg competitiu per a la contractació de l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en radioteràpia i radioprotecció per al nou Hospital Son Dureta a Son Espases també es refereix al servei de disponibilitat en l'apartat 3:

3. Proceso de licitación

3.1 Descripción general del Proceso

La contratación del objeto de este proceso, de acuerdo a lo indicado en el Documento Descriptivo, se abordará de forma integral y se compone de:

- Equipamiento de radioterapia y radioprotección y equipos auxiliares relacionados



- Servicios de disponibilidad: el adjudicatario estará obligado a asegurar la disponibilidad de los equipos con los estándares de calidad establecidos, incluyendo el fungible, el importe económico mensual a recibir estará en función del número de días que cada equipo haya estado disponible para su uso por el hospital.

[...]

Finalment, el document contractual anomenat “Determinació i definició dels mitjans adequats, com a conclusió de la Mesa Tècnica del Diàleg Competitiu, per a l’equipament d’alta tecnologia en radioteràpia i radioprotecció per al nou Hospital Son Dureta a Son Espases” es refereix amb detall a la disponibilitat dels equips i al pagament per disponibilitat.

Pel que fa a la disponibilitat dels equips, l’apartat 7 estableix el següent:

7. Disponibilidad de los equipos

7.1 Disponibilidad

Un elemento principal del objeto de este contrato se basa en garantizar una disponibilidad total de los equipos.

En el área concreta de la oncología radioterápica motivo de este concurso y teniendo en cuenta las específicas características asistenciales de la patología, el Ibsalut entiende por disponibilidad no únicamente la capacidad operativa de los equipos sino el uso o modo de aplicación más adecuado en cada caso y el mejor aprovechamiento de las capacidades tecnológicas de las máquinas con la máxima seguridad para los pacientes.

[...]

Se establecen los indicadores que figuran en los puntos siguientes a fin de asegurar su correcto cumplimiento.

A. Disponibilidad

El licitador deberá realizar una propuesta de disponibilidad total de los equipos que pasará a formar parte del contrato.

A.1 Disponibilidad Operativa: tiempo en que el equipo está disponible para ser usado con todas sus funciones operativas, teniendo en cuenta las horas de parada por actuaciones de mantenimiento preventivo y programado, que en ningún caso será superior al 2,5 % del tiempo considerado como disponible. Se expresará en porcentaje, siempre superior al 95 %. Este indicador se marcará para un seguimiento trimestral.



La fórmula para dicho cálculo será:

$$\text{Disponibilidad: } (\text{HTDR}/\text{HTD}) \times 100$$

Donde HTD = horas totales disponibles del equipo:

Para equipamiento: $3487 = 3576 \text{ horas } (298 \text{ días} \times 12 \text{ horas al día}) - 89$
(2,5 % de 3576).

En las 89 horas de parada por mantenimiento preventivo y programado no se incluyen las horas debidas a intervenciones correctivas.

Las horas de disponibilidad para un promedio se consideran de lunes a sábados no festivos de 8:00 a las 20:00 horas, ajustándose a la organización asistencial.

Y donde HTDR = horas totales de disponibilidad real (del equipo para el periodo a evaluar).

En los equipos considerados críticos las incidencias que impidan su operación durante actividad asistencial, computarán el doble de horas en el cálculo de disponibilidad.

Se considerará equipamiento crítico aquel que no disponga de equipo de sustitución inmediato en condiciones asistenciales o por cuya frecuencia de uso una incidencia suponga una grave interferencia en el funcionamiento del servicio.

[...]

A.2 Tiempo máximo de parada continuada: tiempo máximo durante el cual un equipo no está disponible debido a cada una de las incidencias producidas. El licitador propondrá un nivel máximo garantizado (nunca mayor a 3 días), a partir del cual se considerará incumplimiento.

En consecuencia no se podrán programar intervenciones de mantenimiento programado o preventivo superiores a tres días, ni prolongar intervenciones correctivas por un período superior a tres días desde que se notifique la avería al servicio técnico.

En base al cumplimiento o no del valor garantizado de disponibilidad y del tiempo máximo de parada continuada se indican en el apartado 17 las Penalizaciones por las desviaciones de ambos calculadas sobre el valor de referencia del Mantenimiento por cada equipo, detallando los intervalos de valores de aplicación.

El período de revisión de dichas desviaciones y la aplicación, si es el caso, de penalizaciones, será trimestral, según se indica en apartado 17.



Además todo el sistema de control de disponibilidad y demás indicadores de calidad, que se señalan más adelante, deberán integrarse con la Herramienta de gestión de servicios y control de la facturación que se implantará en el nuevo hospital.

Los datos solicitados deben recogerse en una tabla como la propuesta en la Tabla 2 del Anexo 3.

[...]

Pel que fa al pagament per disponibilitat, l'apartat 17 d'aquest document disposa el següent:

IV. Ejecución del contrato

17. Forma de pago del precio del contrato. Anualidades y asignación presupuestaria

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 3 del presente documento, el presupuesto máximo de licitación de la presente contratación asciende a 8.388.666,38 euros (IVA excluido), si bien podrá ser modificado a la baja como consecuencia de la licitación.

El importe máximo de licitación queda desglosado en 7 anualidades (84 mensualidades en inversión) que se corresponden con el plazo de duración del contrato.

[...]

El precio del contrato estará integrado por:

- Pago de la amortización de los equipos. [...]

- Pago por disponibilidad

El servicio de disponibilidad[.] del importe correspondiente presentado en la tabla 12 del Anexo 3 se deducirá la previsión anual para soporte al rendimiento en su caso.

Se seguirá la estructura propuesta en la tabla 12 del Anexo 3.

En el caso de que los equipos no estén operativos en la fecha prevista se descontará del importe ofertado en la tabla 12 el valor de referencia de mantenimiento del equipo no operativo según tabla 8 del Anexo 3. En el momento de su puesta en marcha, la parte correspondiente (valor de referencia del equipo) entrará en la factura emitida en el trimestre siguiente (según la parte proporcional de tiempo en funcionamiento).

[...]

Las eventuales deducciones a aplicar al pago por disponibilidad se determinarán durante los 30 días posteriores a la factura trimestral



emitida y se descontarán en la factura del trimestre en curso. Corresponden a la siguiente lista.

INDICADORES DE DISPONIBILIDAD			
Indicador	Valor garantizado	Rango obtenido	Penalización
Disponibilidad	Según valor propuesto D%	Hasta D-2%	3% * valor ref ^a de mantenimiento trimestral
		Hasta D-5%	6% * valor ref ^a de mantenimiento trimestral
		Hasta D-7%	10% * valor ref ^a de mantenimiento trimestral
Tiempo máximo de parada continuada	Según valor propuesto	Mayor de valor propuesto	2% * valor ref ^a de mantenimiento trimestral * cada día excedido

Penalización por disponibilidad: el valor de rango obtenido corresponde a la disponibilidad de cada uno de los equipos en el trimestre de análisis, la penalización total será el sumatorio de las penalizaciones de los equipos cuya disponibilidad haya estado por debajo del valor garantizado.

Penalización por tiempo máximo de parada: la penalización será el sumatorio de las penalizaciones por este concepto de todos los equipos durante el trimestre que se analiza.

Així doncs, els documents contractuals del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat objecte de recurs reconeixen, com a element característic d'aquest tipus de contracte, la translació de riscos al contractista, concretament el risc de disponibilitat, que constitueix un element essencial de l'objecte del contracte, de manera que la remuneració està lligada a la disponibilitat de tots i cada un dels equips.

D'acord amb l'apartat 17 del document de Determinació i definició dels mitjans, una part del preu del contracte està integrat pel pagament per disponibilitat, i es preveu la possibilitat de descomptar-hi o deduir-hi el valor de referència de manteniment dels equips que no estiguin operatius, de conformitat amb la taula 8 de l'Annex 3 de l'oferta presentada pel contractista. Aquestes deduccions s'han de determinar durant els trenta dies posteriors a la factura trimestral que emet el contractista i s'han de descomptar en la factura del trimestre següent.



4. La Resolució objecte de recurs va revisar les deduccions aplicables al pagament per disponibilitat corresponent al primer trimestre de 2014 amb base en l'informe de deduccions emès pel subdirector de Gestió i per la directora de Gestió de l'Hospital, en el qual s'afirmava que l'electròmetre IONEX DOSEMASTER havia estat aturat durant tot el trimestre analitzat, de desembre de 2013 a febrer de 2014, motiu pel qual, de conformitat amb l'apartat 17 del Document de determinació de mitjans que va regular la licitació, com també l'oferta del contractista, era procedent establir una deducció per un import de 1.811,21 euros, que és la part proporcional corresponent a un trimestre i incrementada amb l'índex de preus al consum, de l'import de 7.100 euros que el contractista havia assignat en la seva oferta com a cost anual de manteniment de l'equipament de dosimetria.

Crida l'atenció el fet que hi hagi diversos errors tant en l'informe esmentat com en la Resolució objecte de recurs que en dificulten la comprensió però no la impedeixen. Així, d'una banda, l'informe sobre la revisió del servei de disponibilitat transcriu erròniament el Document de determinació de mitjans i fa una referència errònia a l'annex de l'oferta del contractista en què figura l'import de 7.100 euros que permet fer el càlcul de la deducció, i, de l'altra, la Resolució impugnada, que té una motivació molt parca, afirma, en diversos apartats, que la deducció es practica sobre el primer trimestre de 2013, i, en altres, que ho fa sobre el primer trimestre de 2014; a més, transcriu erròniament el Document de determinació de mitjans i, concretament, la referència a les taules de l'Annex 3 de l'oferta del contractista.

L'informe de l'Hospital en el qual es calcula l'import de la deducció considera que la disponibilitat ha de ser total per poder cobrar íntegrament el pagament per disponibilitat, de manera que la no-disponibilitat d'un dels elements de l'equip, en aquest cas l'electròmetre que estava aturat, determina la indisponibilitat de tot el conjunt en el qual el contractista l'ha assignat o integrat. Per aquest motiu, s'ha deduït l'import corresponent a la part proporcional a un trimestre, incrementat amb l'índex de preus al consum, de l'import anual global assignat al conjunt de l'equipament de dosimetria, que, segons consta en l'oferta del contractista, és de 7.100 euros.

En canvi, el recurrent sosté que només se li hauria de deduir l'import equivalent al pes específic que l'electròmetre IONEX DOSEMASTER té en el conjunt de l'equipament de dosimetria, pes que, segons la taula de valoració que adjunta a l'escrit de recurs, és del 4 % del cost anual de manteniment dels equips.



Cal recordar que l'apartat 1 de l'article 129 de l'LCSP disposava que les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i que el fet de presentar-les implica que l'empresari accepta de manera incondicionada el contingut de totes les clàusules o les condicions, sense cap excepció ni reserva. En el cas que ens ocupa, que s'ha tramitat per mitjà del procediment de diàleg competitiu, aquesta referència al plec s'ha d'entendre referida al document descriptiu, d'acord amb l'apartat 3 de l'article 93 i l'apartat 3 de l'article 165 de l'LCSP.

És reiterada la doctrina del Tribunal Suprem (per exemple, les sentències de 18 d'abril de 1986, de 3 d'abril de 1990, de 12 de maig de 1992, de 21 de setembre de 1994, de 9 de febrer de 2001, de 19 de març de 2001, de 16 d'abril i de 10 de juny de 2002) en el sentit que els plecs de condicions constitueixen la "lleï del concurs", de manera que tant l'òrgan convocant com els participants en la licitació s'han de sotmetre a les regles que hi consten.

Per tant, respecte de les al·legacions del recurrent s'ha de dir que, com és obvi, tant el Servei de Salut de les Illes Balears com el contractista estan sotmesos al contracte i, en particular, al contingut de l'oferta, i que, per tant, el contracte s'ha de complir en els seus termes exactes —llevat que, si s'aprecia que hi ha un dubte interpretatiu, es tramiti un procediment per interpretar-lo. I que ha estat el mateix contractista qui ha indicat que el preu de referència de manteniment de l'electròmetre IONEX DOSEMASTER està "incluido en total dosimetría", igualment com fa amb altres elements de radiofísica, sense haver fet en el moment de presentar l'oferta cap desglossament per a cada un dels elements — només ho ha fet ara, amb el recurs.

S'ha de dir que en el mateix full de l'oferta del contractista figuren expressions similars respecte d'altres elements, de manera que sembla que en aquest full el contractista agrupa diversos elements sota un mateix preu amb afirmacions del tipus "incluido en precio TAC", "incluido en HDR", "incluido en acelerador" o "incluido en radiocirugía", motiu pel qual s'ha d'entendre, com sembla que ha fet l'Hospital, que la no-disponibilitat d'un dels elements de l'equipament de dosimetria determina la indisponibilitat de tot el conjunt, i que el contingut de l'oferta del contractista habilita l'Hospital per aplicar com a deducció l'import assignat al conjunt de l'equipament de dosimetria. Això podria estar motivat, entre d'altres factors, en què el cost de manteniment d'alguns equips està íntimament relacionat amb el d'altres equips, o en què aquests equips estan estretament relacionats entre si.



Difícilment es pot arribar a una conclusió diferent si ens atenem al contingut de l'oferta del contractista, al risc i ventura que amb caràcter general caracteritza l'execució dels contractes públics —que és, en el cas que ens ocupa, el risc que deriva dels errors de càlcul del contractista en la preparació de l'oferta, qui, per tant assumeix el risc de pèrdua que derivi de la prestació del servei, de la mateixa manera que percep els beneficis que se'n derivin— i, principalment, a la importància que té en els contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat el repartiment de riscos entre l'Administració i el contractista, i concretament, en aquest cas, la translació del risc de disponibilitat al contractista, translació que es configura com un element essencial de l'objecte del contracte.

Finalment, s'ha de desestimar la pretensió del recurrent que es consideri no procedent la deducció amb fonament en el fet que la indisponibilitat de l'electròmetre no ha pertorbat el normal funcionament de l'àrea d'oncologia radioteràpica de l'Hospital, i en què, per aquest motiu, no s'ha incomplert l'acord de disponibilitat total, atès que, com ja hem dit, la translació del risc de disponibilitat al contractista és essencial al contracte i que el servei de disponibilitat és una prestació del contracte l'incompliment de la qual es verifica de forma objectiva, amb independència que produeixi o no una pertorbació del servei.

Per tot això, s'ha de considerar que l'import de la deducció aplicada al pagament per disponibilitat corresponent al primer trimestre de 2014 del contracte és conforme a dret.

5. Un cop examinat el contingut del recurs, el contracte, la resta de documents contractuals i la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual es revisen les deduccions aplicables al pagament per disponibilitat corresponent al primer trimestre de 2014 d'aquest contracte, no consta que l'òrgan de contractació hagi actuat de manera arbitrària, ni s'adverteix que el contracte o la normativa hagin estat vulnerats en cap aspecte.

En conseqüència, no s'aprecia la concurrència de cap vici que pugui determinar la nul·litat de ple dret o l'anul·labilitat de la Resolució objecte del recurs.

Per tot això, dict el següent

Acord



1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Varian Medical Systems Ibérica, SL, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual es revisen les deduccions aplicables al pagament per disponibilitat corresponent al primer trimestre de 2014, del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat per a la contractació de l'equipament, servei de disponibilitat, manteniment, actualització tecnològica i formació, d'alta tecnologia en radioteràpia i radioprotecció per al nou Hospital Universitari Son Espases i, per tant, confirmar l'acte impugnat.
2. Notificar aquest Acord a Varian Medical Systems Ibérica, SL, i al director general del Servei de Salut de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 a i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.