



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 19/2014

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la contratación del equipamiento, servicio de disponibilidad, mantenimiento, actualización tecnológica y formación, de alta tecnología en radioterapia y radioprotección para el nuevo Hospital Universitario Son Espases

SSCC DC 81/09

Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: Varian Medical Systems Ibérica, SL

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación de 22 de agosto de 2014 por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Varian Medical Systems Ibérica, SL contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se revisan las deducciones aplicables al pago por disponibilidad correspondiente al primer trimestre de 2014 del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la contratación del equipamiento, servicio de disponibilidad, mantenimiento, actualización tecnológica y formación, de alta tecnología en radioterapia y radioprotección para el nuevo Hospital Universitario Son Espases

Hechos

1. El 14 de octubre de 2010 el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears y el representante de Varian Medical Systems Ibérica, SL firmaron el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la contratación del equipamiento, servicio de disponibilidad, mantenimiento, actualización tecnológica y formación, de alta tecnología en radioterapia y radioprotección para el nuevo Hospital Universitario Son Espases.
2. El 25 de abril de 2014 el subdirector de Gestión y la directora de Gestión del Hospital Universitario Son Espases (en adelante, el Hospital) emitieron un informe sobre la revisión del servicio de disponibilidad correspondiente al primer trimestre de 2014, en concreto al período de diciembre de 2013 a febrero de 2014, de acuerdo con el apartado 7 del Documento de determinación de medios que reguló la licitación.



3. El 2 de mayo de 2014 el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se revisan las deducciones aplicables al pago por disponibilidad correspondiente al primer trimestre de 2014 y se establece una deducción por un total de 1.811,21 euros, de acuerdo con el apartado 17 del Documento de determinación de medios que reguló la licitación y el citado informe. Esta Resolución se notificó al contratista el 9 de mayo de 2014.
4. El 9 de junio de 2014 el representante de Varian Medical Systems Ibérica, SL interpuso ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa un recurso especial en materia de contratación contra esta Resolución.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se revisan las deducciones aplicables al pago por disponibilidad correspondiente al primer trimestre de 2014 de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Dado que se trata de un acto no susceptible del recurso especial en materia de contratación que preveía el artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y vigente en el momento en que se adjudicó definitivamente el contrato, contra el mismo puede interponerse el recurso administrativo que proceda. Este recurso, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, es el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y lo tiene que resolver la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, de acuerdo con el apartado 13 del artículo 2 y el artículo 7 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea esta Junta Consultiva.

Dado que la tramitación del expediente de contratación se inició el año 2009, le es de aplicación la normativa vigente en aquel momento, en concreto la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), todo ello de acuerdo con la disposición transitoria primera del Texto refundido



de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. El recurso especial interpuesto por el representante de la empresa Varian Medical Systems Ibérica, SL se fundamenta en la disconformidad con el importe de la deducción que se le ha aplicado por falta de disponibilidad de un elemento del equipamiento del área de radioterapia y radioprotección, correspondiente al primer trimestre de 2014.

En concreto, el recurrente afirma que el equipo que estuvo parado durante todo el trimestre, el electrómetro IONEX DOSEMASTER, forma parte de un conjunto de equipos y que el hecho de que este elemento no estuviese disponible no lleva aparejada la indisponibilidad del resto de equipos.

Por este motivo, considera que el importe que se le tendría que imponer como penalidad (en realidad, deducción) ha de ser de un importe inferior, equivalente al peso específico que el electrómetro tiene en el conjunto. El recurrente adjunta al recurso una tabla de valoración en la que se atribuye un porcentaje a cada uno de los elementos del conjunto del equipamiento de dosimetría —conjunto en el que se integra este elemento y al cual la empresa, en la oferta, asignó un importe anual de 7.100 euros. En esta tabla figura un porcentaje del 4 % para el electrómetro mencionado.

Además, el recurrente afirma que la indisponibilidad del electrómetro no ha perturbado el normal funcionamiento del área de oncología radioterápica del Hospital, dado que hay otros electrómetros con funciones análogas, por lo que considera que no se ha incumplido el acuerdo de disponibilidad total y que, por tanto, la deducción no es procedente.

Por todo ello, el recurrente solicita que se anule la Resolución impugnada y que se incorpore al expediente de contratación la citada tabla de valoración, a fin de que sirva de referencia para el cálculo de las deducciones futuras.

3. El documento contractual denominado “Documento descriptivo para la contratación del equipamiento, servicio de disponibilidad, mantenimiento, actualización tecnológica y formación, de alta tecnología en radioterapia y radioprotección para el nuevo Hospital Son Dureta en Son Espases” efectúa algunas referencias al servicio de disponibilidad en los siguientes términos:

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 diálogo competitivo para la contratación del equipamiento, servicio de disponibilidad, mantenimiento, actualización tecnológica y formación, de alta tecnología en radioterapia y radioprotección para el nuevo Hospital Son Dureta en Son Espases también se refiere al servicio de disponibilidad en el apartado 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.

[...]

Finalmente, el documento contractual denominado “Determinación y definición de los medios adecuados, como conclusión de la Mesa Técnica del Diálogo Competitivo, para el equipamiento de alta tecnología en radioterapia y radioprotección para el nuevo Hospital Son Dureta en Son Espases” se refiere con detalle a la disponibilidad de los equipos y al pago por disponibilidad.

En cuanto a la disponibilidad de los equipos, el apartado 7 establece lo siguiente:

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:

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

Donde HTD = horas totales disponibles del equipo:

Para equipamiento: $3487 = 3576 \text{ horas (298 días x 12 horas al día) - 89}$
(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.

[...]

En cuanto al pago por disponibilidad, el apartado 17 de este documento dispone lo siguiente:

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 detraerá 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.

Así pues, los documentos contractuales del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado objeto de recurso reconocen, como elemento característico de este tipo de contrato, la translación de riesgos al contratista, en concreto el riesgo de disponibilidad, que constituye un elemento esencial del objeto del contrato, de manera que la remuneración está ligada a la disponibilidad de todos y cada uno de los equipos.

De acuerdo con el apartado 17 del documento de Determinación y definición de medios, una parte del precio del contrato está integrado por el pago por disponibilidad, previéndose la posibilidad de descontar o deducir de este el valor de referencia de mantenimiento de los equipos que no estén operativos, de conformidad con la tabla 8 del Anexo 3 de la oferta presentada por el contratista. Estas deducciones han de determinarse durante los treinta días



posteriores a la factura trimestral que emite el contratista y han de descontarse en la factura del trimestre siguiente.

4. La Resolución objeto de recurso revisó las deducciones aplicables al pago por disponibilidad correspondiente al primer trimestre de 2014 basándose en el informe de deducciones emitido por el subdirector de Gestión y por la directora de Gestión del Hospital, en el que se afirmaba que el electrómetro IONEX DOSEMASTER había estado parado durante todo el trimestre analizado, de diciembre de 2013 a febrero de 2014, motivo por el cual, de conformidad con el apartado 17 del Documento de determinación de medios que reguló la licitación, así como la oferta del contratista, era procedente establecer una deducción por un importe de 1.811,21 euros, que es la parte proporcional correspondiente a un trimestre e incrementada con el índice de precios al consumo, del importe de 7.100 euros que el contratista había asignado en su oferta como coste anual de mantenimiento del equipamiento de dosimetría.

Llama la atención el hecho de que haya varios errores tanto en el citado informe como en la Resolución objeto de recurso que dificultan su comprensión pero no la impiden. Así, por una parte, el informe sobre la revisión del servicio de disponibilidad transcribe erróneamente el Documento de determinación de medios y hace una referencia errónea al anexo de la oferta del contratista en que figura el importe de 7.100 euros que permite realizar el cálculo de la deducción, y, por otra, la Resolución impugnada, que tiene una motivación muy parca, afirma, en varios apartados, que la deducción se practica sobre el primer trimestre de 2013, y, en otros, que lo hace sobre el primer trimestre de 2014; además, transcribe erróneamente el Documento de determinación de medios y, en concreto, la referencia a las tablas del Anexo 3 de la oferta del contratista.

El informe del Hospital en el que se calcula el importe de la deducción considera que la disponibilidad debe ser total para poder cobrar íntegramente el pago por disponibilidad, de manera que la no disponibilidad de uno de los elementos del equipo, en este caso el electrómetro que estaba parado, determina la indisponibilidad de todo el conjunto en el que el contratista lo ha asignado o integrado. Por este motivo, se ha deducido el importe correspondiente a la parte proporcional a un trimestre, incrementado con el índice de precios al consumo, del importe anual global asignado al conjunto del equipamiento de dosimetría, que, según consta en la oferta del contratista, es de 7.100 euros.

En cambio, el recurrente sostiene que solo se le tendría que deducir el importe equivalente al peso específico que el electrómetro IONEX DOSEMASTER tiene en



el conjunto del equipamiento de dosimetría, peso que, según la tabla de valoración que adjunta al escrito de recurso, es del 4 % del coste anual de mantenimiento de los equipos.

Es necesario recordar que el apartado 1 del artículo 129 de la LCSP disponía que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que el hecho de presentarlas implica que el empresario acepta de manera incondicionada el contenido de todas las cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. En el caso que nos ocupa, que se ha tramitado mediante el procedimiento de diálogo competitivo, esta referencia al pliego debe entenderse referida al documento descriptivo, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 93 y el apartado 3 del artículo 165 de la LCSP.

Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo (por ejemplo, las sentencias de 18 de abril de 1986, de 3 de abril de 1990, de 12 de mayo de 1992, de 21 de septiembre de 1994, de 9 de febrero de 2001, de 19 de marzo de 2001, de 16 de abril y de 10 de junio de 2002) en el sentido de que los pliegos de condiciones constituyen la “ley del concurso”, de manera que tanto el órgano convocante como los participantes en la licitación deben someterse a las reglas que constan en los mismos.

Por tanto, respecto de las alegaciones del recurrente debe decirse que, como es obvio, tanto el Servicio de Salud de las Illes Balears como el contratista están sometidos al contrato y, en particular, al contenido de la oferta, y que, por tanto, el contrato debe cumplirse en sus propios términos —salvo que, si se aprecia que existe una duda interpretativa, se tramite un procedimiento para interpretarlo. Y que ha sido el propio contratista quien ha indicado que el precio de referencia de mantenimiento del electrómetro IONEX DOSEMASTER está “incluido en total dosimetría”, tal como hace con otros elementos de radiofísica, sin haber efectuado en el momento de presentar su oferta ningún desglose para cada uno de los elementos —solo lo ha efectuado ahora, con el recurso.

Debe decirse que en la misma hoja de la oferta del contratista figuran expresiones similares respecto de otros elementos, de forma que parece que en esta hoja el contratista agrupa varios elementos bajo un mismo precio con afirmaciones del tipo “incluido en precio TAC”, “incluido en HDR”, “incluido en acelerador” o “incluido en radiocirugía”, por el que debe entenderse, como parece que ha hecho el Hospital, que la no disponibilidad de uno de los elementos del equipamiento de dosimetría determina la indisponibilidad de todo



el conjunto, y que el contenido de la oferta del contratista habilita al Hospital para aplicar como deducción el importe asignado al conjunto del equipamiento de dosimetría. Ello podría estar motivado, entre otros factores, en que el coste de mantenimiento de algunos equipos está íntimamente relacionado con el de otros equipos, o en que estos equipos están estrechamente relacionados entre sí.

Difícilmente puede llegarse a una conclusión diferente si atendemos al contenido de la oferta del contratista, al riesgo y ventura que con carácter general caracteriza la ejecución de los contratos públicos —que es, en el caso que nos ocupa, el riesgo que deriva de los errores de cálculo del contratista en la preparación de su oferta, quien, por tanto asume el riesgo de pérdida que derive de la prestación del servicio, de la misma manera que percibe los beneficios que se deriven de esta— y, principalmente, a la importancia que tiene en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, y en concreto, en este caso, la translación del riesgo de disponibilidad al contratista, translación que se configura como un elemento esencial del objeto del contrato.

Finalmente, debe desestimarse la pretensión del recurrente de que se considere no procedente la deducción con fundamento en que la indisponibilidad del electrómetro no ha perturbado el normal funcionamiento del área de oncología radioterápica del Hospital, y en que, por este motivo, no se ha incumplido el acuerdo de disponibilidad total, dado que, como ya hemos dicho, la translación del riesgo de disponibilidad al contratista es esencial al contrato y que el servicio de disponibilidad es una prestación del contrato cuyo incumplimiento se verifica de forma objetiva, con independencia de que produzca o no una perturbación del servicio.

Por todo ello, debe considerarse que el importe de la deducción aplicada al pago por disponibilidad correspondiente al primer trimestre de 2014 del contrato es conforme a derecho.

5. Una vez examinado el contenido del recurso, el contrato, el resto de documentos contractuales y la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se revisan las deducciones aplicables al pago por disponibilidad correspondiente al primer trimestre de 2014 de este contrato, no consta que el órgano de contratación haya actuado de manera arbitraria, ni se advierte que el contrato o la normativa hayan sido vulnerados en ningún aspecto.



En consecuencia, no se aprecia la concurrencia de ningún vicio que pueda determinar la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de la Resolución objeto del recurso.

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Varian Medical Systems Ibérica, SL contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se revisan las deducciones aplicables al pago por disponibilidad correspondiente al primer trimestre de 2014 del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la contratación del equipamiento, servicio de disponibilidad, mantenimiento, actualización tecnológica y formación, de alta tecnología en radioterapia y radioprotección para el nuevo Hospital Universitario Son Espases y, por tanto, confirmar el acto impugnado.
2. Notificar este Acuerdo a Varian Medical Systems Ibérica, SL y al director general del Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.