

Expediente: P.A. 014/19

Contrato de Servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón

Asunto: recurso especial en materia de contratación contra adjudicación lotes nº 1 y nº 2.

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

D. Borja Ribed Sánchez, mayor de edad, con DNI nº 16076793T y domicilio a efectos de notificaciones en Avenida de Somosierra 22 – 9C de San Sebastián de los Reyes (28703), teléfono 682536839, e-mail concursos@apraslud.com, actuando en representación de la mercantil **APR 1998, S.L.** (en adelante, “**APR**”), con CIF B-82082280, según resulta de la escritura de apoderamiento que se acompaña al presente escrito como **Documento nº 1**, ante ese órgano comparezco y como mejor proceda en Derecho

DIGO

I.- Que, por medio del presente escrito y dentro del plazo legal, vengo a interponer **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN contra la Resolución del DIRECTOR GERENTE DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO FUNDACIÓN ALCORCÓN de 30 de abril de 2019**, por la que se adjudican los **lotes nº 1 y 2** del contrato de referencia a GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, “**GEH**”), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, “**LCSP**”), recurso especial que baso en los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos:

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- En diciembre de 2018 se publicó el anuncio de licitación del expediente de contratación 35/18, relativo a los *“servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”*.

II.- La empresa ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. (en adelante, “**Althea**”) presentó recurso especial en materia de contratación ante ese TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID contra el anuncio de licitación y los pliegos de la citada licitación, al considerarlos contrarios a Derecho (recurso nº 22/2019).

En concreto, a los efectos que ahora nos interesan, la citada empresa impugnó el criterio cualitativo nº 1 del Apartado 2.1 de la Cláusula 1.9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente 35/18, que valoraba que el licitador fuera fabricante o tuviera acuerdos con empresas fabricantes del equipamiento afecto al contrato (*“se valorará que el licitador sea fabricante o tenga acuerdos con empresas fabricantes del equipamiento afecto al contrato, que garanticen el mantenimiento integral del mismo. Por acuerdo, o por ser fabricante, tendrá una puntuación de 15 puntos. Sólo se valorarán los acuerdos cuya justificación documental se aporte en este apartado”*).

III.- El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en su Resolución nº 53/2019, de 6 de febrero, estimó parcialmente el recurso interpuesto por Althea.

No obstante, dicha Resolución considera que el criterio cualitativo nº 1 del Apartado 2.1 de la Cláusula 1.9 del PCAP, que otorga 15 puntos al fabricante o al licitador que acredite tener acuerdos con el fabricante, es conforme a Derecho, señalando que:

“No cabe duda de que los acuerdos con fabricantes pueden repercutir de manera efectiva en el mantenimiento de los equipos, acortando los tiempos de parada y mejorando los tiempos de respuesta.

*Entiende, por tanto, este Tribunal que el criterio de adjudicación constituye una característica propia de la oferta, que podrá cumplirse o no, con la consecuente repercusión en la puntuación obtenida, guardando una **vinculación directa con el objeto del contrato** y no con las características o circunstancias de la empresa licitadora. El órgano de contratación considera, en definitiva, que **el mantenimiento de estos equipos sofisticados tecnológicamente pueden mantenerse sin que el adjudicatario sea fabricante o tenga acuerdos con fabricante**, ya que en otro caso lo hubiese considerado un requisito de solvencia, si bien entiende que de dicho **mantenimiento sería de mayor calidad si se dieran esas circunstancias, por lo que acertadamente los incluye en los criterios que evalúan la calidad de la oferta**”* (la negrita y el subrayado son nuestros).

Sin embargo, el Tribunal señala a continuación que:

*“Por lo que respecta al cumplimiento de los **requisitos de igualdad, transparencia y proporcionalidad**, hay que señalar que no se trata de un criterio de solvencia, sino de un **criterio de adjudicación igual para todos los licitadores y que es accesible a cualquiera de ellos**”* (la negrita y el subrayado son nuestros).

IV.- A la vista de la Resolución del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, mediante Resolución de 13 de febrero de 2019, el órgano de contratación desistió del expediente de contratación 35/2018 y acordó iniciar un nuevo expediente de contratación con el mismo objeto.

V.- El 19 de febrero de 2019 se publicó la nueva licitación (expediente PA 14/19) para la contratación de los *“servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”*.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente PA 14/19 (en adelante, **“PCAP”**), el órgano de contratación incluyó, en el nº 1 del Apartado 2.1 de la Cláusula 1.9, el mismo criterio introducido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente 35/18, esto es, el criterio mediante el que valora, con hasta 15 puntos, que el licitador fuera fabricante o tuviera acuerdos con empresas fabricantes del equipamiento afecto al contrato (en adelante, el **“Criterio Cualitativo”**).

VI.- La empresa Althea volvió a presentar recurso especial en materia de contratación ante ese TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID contra el anuncio de licitación y los pliegos de la nueva licitación (recurso nº 169/2019), al considerar, entre otras cosas, que el Criterio Cualitativo era contrario a Derecho.

VII.- Mediante Resolución nº 109/2019, de 20 de marzo, ese Tribunal desestimó el recurso interpuesto por Althea, al considerar que la cuestión ya había sido resuelta mediante la anterior Resolución nº 53/2019, de 6 de febrero.

VIII.- Con independencia de las impugnaciones de los pliegos anteriormente mencionadas, y centrándonos en el procedimiento de contratación de referencia (expediente PA 014/19), APR concurrió al procedimiento de adjudicación respecto de los lotes nº 1 y nº 2 del contrato, presentando en tiempo y forma la correspondiente oferta, habiéndose presentado también oferta en relación con dichos lotes por GEH.

IX.- Mediante Resolución del DIRECTOR GERENTE DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO FUNDACIÓN ALCORCÓN de 30 de abril de 2019, se han adjudicado los lotes nº 1 y 2 del contrato de referencia a GEH (en adelante, **“Resolución de Adjudicación”**).

En concreto, se adjudica el contrato a GEH, otorgándole en ambos lotes una puntuación de 39,30 en los criterios cualitativos y de 60 puntos en los criterios económicos, es decir, un total de 99,30 puntos.

Sin embargo, APR únicamente obtiene 15,80 puntos en la valoración de los criterios cualitativos del lote 1 y 18,05 en los del lote 2, razón por la cual entendemos que se le excluye del procedimiento, sin valorar su oferta económica, de acuerdo con lo establecido en el punto 2.2 del cuadro de características del contrato (*“Es necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de 20 puntos (50 % del total) en el total de los criterios cualitativos (Suma de los cuantificados por juicio de valor y fórmulas)”*).

En relación con dicha exclusión, la Resolución de Adjudicación se limita a señalar que **APR** ha sido **excluido**, indicándose el siguiente motivo: **“La documentación aportada como acuerdo con fabricantes no resulta de conformidad con lo exigido en el Pliego de Cláusulas**

Administrativas Particulares, al no ser un acuerdo con el propio fabricante, sino con terceras personas, que no garantiza el mantenimiento integral objeto del expediente” (la negrita y el subrayado son nuestros).

X.- Considerando que la Resolución de Adjudicación del órgano de contratación, por la que se acuerda no otorgar a mi mandante ninguno de los 15 puntos del Criterio Cualitativo, excluyéndole del procedimiento de contratación y no valorando su oferta económica, es contraria a Derecho, por medio del presente escrito se interpone, contra la misma, recurso especial en materia de contratación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- PROCEDENCIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Frente a la Resolución de Adjudicación, por la que se adjudican los lotes nº 1 y 2 del contrato de referencia a GEH, puede interponerse **recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con los artículos 44 y siguientes de la LCSP**.

Concretamente, **la resolución impugnada es susceptible del recurso especial en materia de contratación** regulado en los artículos 44 y siguientes de la LCSP por las siguientes razones:

1. La resolución recurrida está comprendida dentro de los **actos que pueden ser objeto de dicho recurso**, conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP, que se refiere a *“los acuerdos de adjudicación”*.
2. La Resolución de Adjudicación se refiere a un **contrato de los previstos en el artículo 40.1.a) de la LCSP** (*“Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros”*).

En concreto, se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 1.750.468,65 euros.

3. El propio PCAP, en su cláusula 14, señala que *“Si el contrato tiene un valor estimado superior a 100.000 euros, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los anuncios de licitación, los pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, la adjudicación y los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*.

Asimismo, la propia Resolución de Adjudicación indica que *“contra el presente acto, podrán interponerse con carácter potestativo recurso especial en materia de contratación, pudiendo presentarse el escrito de interposición en los lugares*

establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

4. El **plazo** para presentar el recurso es de **15 días hábiles** (artículo 50 de la LCSP) **contados “a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”** (la negrita y el subrayado son nuestros).

Por lo tanto, el presente recurso se interpone dentro del plazo legal, habiéndose notificado la resolución de adjudicación a mi mandante el 30 de abril de 2019.

5. La **legitimación activa** del recurrente resulta de su carácter de entidad licitadora que concurrió, junto con la adjudicataria, al procedimiento de adjudicación de los lotes nº 1 y 2 del contrato de referencia.

En este punto, debe tenerse en cuenta que, de haberse otorgado a APR los 15 puntos del Criterio Cualitativo, habría obtenido una puntuación superior a 20 puntos en el total de criterios cualitativos (de hecho, habría obtenido 30,80 puntos en el lote nº 1 y 33,05 puntos en el lote nº 2), superando el umbral mínimo para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria que establece el punto 2.2 del cuadro de características del contrato y, por lo tanto, no debería habersele excluido del procedimiento de contratación y debería haberse valorado su proposición económica.

Además de su condición de licitadora que ha sido indebidamente excluida de la valoración del procedimiento de contratación de referencia, **debe considerarse también que APR se encuentra legitimada para la interposición del presente recurso en cuanto que la decisión que en el mismo se adopte puede ser determinante en futuras licitaciones en las que participe. En este sentido, debe llamarse la atención sobre la importancia que el criterio consistente en ser fabricante o tener acuerdos con el fabricante, su aplicación por el órgano de contratación y su interpretación por ese tribunal de contratación puede tener sobre futuras licitaciones, particularmente para los prestadores de servicios de mantenimiento que, como mi mandante, no sean fabricantes.**

6. El **órgano competente** para la Resolución del presente recurso especial en materia de contratación es el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46.1 de la LCSP (*“En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia”*) y en el artículo 3.5.1.a) de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por la que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (*“El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León ejercerá sus competencias en el ámbito de los órganos, entes, organismos y entidades que tienen la*

consideración de poder adjudicador que se integran en la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y en las Entidades Locales de su ámbito territorial (...) para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las reclamaciones a que se refieren los artículos 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”).

Por lo tanto, **el presente recurso especial en materia de contratación es procedente conforme a lo previsto en la LCSP y se interpone dentro del plazo establecido en dicha Ley.**

SEGUNDO.- EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN HA INFRINGIDO EL ARTÍCULO 132.3 DE LA LCSP, AL NO HABER ASEGURADO EL MANTENIMIENTO DE UNA COMPETENCIA EFECTIVA DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA LICITACIÓN CON NÚMERO DE EXPEDIENTE PA 14/19: EN EL MARCO DE LA LICITACIÓN, GEH HA INCURRIDO EN UNA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LDC, CONSISTENTE EN EL ABUSO DE SU POSICIÓN DE DOMINIO

El artículo 132.3 de la LCSP dispone que los órganos de contratación deben garantizar que, en todo procedimiento de adjudicación, se mantiene un nivel de competencia efectivo entre las empresas que concurren a la licitación, de manera que, ante la sospecha de la eventual existencia de conductas que puedan constituir una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”), el órgano de contratación está obligado a informar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, “CNMC”).

APR considera que el órgano de contratación ha vulnerado la obligación de asegurar el mantenimiento de una competencia efectiva en el marco de la licitación con número de expediente PA 14/19 en la medida en que, mediante la introducción del Criterio Cualitativo, ha permitido que una de las empresas licitantes influya en el resultado de la licitación (con la consecuencia relativa a la exclusión de la oferta económica presentada por esta parte).

Según se ha introducido en los Antecedentes de Hecho del presente escrito, en el marco del expediente PA 014/19, se licitaron los servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón. La citada licitación se regía por sus correspondientes pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares.

En el apartado 2.1 de la cláusula 1.9 del PCAP, se introdujo el Criterio Cualitativo, en virtud del cual, como es sabido, se otorgan hasta 15 puntos a las empresas licitantes que sean fabricantes de los equipos de diagnóstico cuyo mantenimiento se solicita y se supedita el otorgamiento de esos puntos a las empresas licitantes que, sin ser fabricantes de los equipos, lleguen a un acuerdo con el fabricante para garantizar la correcta prestación de los servicios de mantenimiento.

A la vista del interés de APR por optar a dos de los lotes de la licitación, y habiendo comprobado que el otorgamiento de hasta 15 puntos estaba supeditado a la suscripción de un acuerdo con el fabricante de los equipos, APR, que no es el fabricante de los equipos de diagnóstico objeto de la licitación (pero que, tal como indicaba en su oferta, APR mantiene decenas de equipos similares a los que constituyen el objeto de los lotes nº 1 y 2 del contrato,

habiendo aportado los correspondientes certificados de buena ejecución), inició las oportunas negociaciones con el fabricante de los mismos (que era GEH).

Las negociaciones con GEH pronto se revelaron estériles. Tal y como se desprende de la cadena de correos electrónicos intercambiados entre esta parte y el representante de GEH, que se adjunta como **Documento nº 2, GEH se mostró desde el inicio reacio a ofrecer un acuerdo en los términos requeridos en el PCAP. GEH se limitó a plantear un acuerdo en sus propios términos, los cuales resultan inasumibles, jurídica y económicamente, para APR.**

Los términos del acuerdo planteados por GEH, no sólo no son asumibles para APR, sino que, por los motivos a los que me referiré a continuación, hubieran resultado inasumibles igualmente para cualquier operador económico:

- **El acuerdo ofrecido por GEH pretende desplazar a APR como proveedor de los servicios de mantenimiento, a los que se refería la licitación, y constituir a la propia GEH como empresa proveedora de facto de los citados servicios:**

Esta parte solicitó la suscripción de un acuerdo con el fabricante que le permitiera garantizar el mantenimiento integral de los equipos de diagnóstico. En consecuencia, APR solicitó a GEH que firmaran un contrato que asegurara el suministro por GEH de piezas y la prestación de servicios de asistencia puntuales a esta parte. Véanse a este respecto, los correos electrónicos de APR de 13 y 14 de marzo de 2019.

Sin embargo, tal y como se desprende de los correos electrónicos de 13 y 14 de marzo de 2019 de GEH, ésta nunca estuvo dispuesta a firmar un acuerdo como el solicitado por APR para satisfacer la condición incluida en la PCAP, sino que lo que ofrecía era un acuerdo de colaboración para el mantenimiento integral de los equipos. Es decir, la única alternativa que GEH ofrecía a esta parte, en el marco de la licitación, era constituirse como proveedor *de facto* de los servicios de mantenimiento de los equipos de diagnóstico, dejando a APR como una suerte de mero “intermediario” frente al hospital.

De este modo, el acuerdo de GEH suponía, de hecho, una cesión encubierta total del contrato, mediante la subcontratación ilegal de la totalidad de las prestaciones objeto del mismo.

- **El acuerdo ofrecido por GEH contempla unos precios que triplicaban los del presupuesto base de la licitación:**

Efectivamente, mientras que los precios de los presupuestos base de la licitación, referidos a los tres años del periodo 2019 a 2021, ascendían a un total de 262.256,28 euros y 377.287,22 euros, para los lotes 1 y 2 respectivamente, los precios contenidos en los acuerdos de colaboración propuestos por GEH ascendían, para cada uno de los citados lotes, a 786.765,84 euros y 1.131.858,6 euros, para el mismo periodo de tiempo.

A efectos ilustrativos, en la tabla siguiente, se incluye una comparativa entre los presupuestos base de la licitación, en relación con los lotes 1 y 2, y los precios ofrecidos por GEH, para esos lotes, en su acuerdo de colaboración:

Periodo 2019 a 2021

	Lote 1	Lote 2
Presupuestos base de la licitación	262.256,28	377.287,22
Precio ofertado por GEH en su acuerdo de colaboración*	786.765,84	1.131.858,6

Fuente: apartado 4 de la cláusula 1 del PCAP y acuerdos de colaboración de GEH.

* Los precios de GEH resultan de multiplicar el precio anual de los servicios, al que se refieren los dos acuerdos de colaboración, por tres (los tres años en los que se prestaría el servicio de mantenimiento por GEH).

– **El acuerdo ofrecido por GEH resulta contrario al artículo 215 de la LCSP, que prohíbe la subcontratación de la prestación principal:**

No es sólo que el esquema de colaboración impuesto por GEH resultara en un sinsentido para APR desde un punto de vista de la gestión empresarial, es que su conformación, mediante la subcontratación por APR, en el caso de resultar adjudicataria, del 100% de la prestación objeto de la licitación a GEH, resulta incompatible con lo establecido en el artículo 215 de la LCSP, que requiere la prestación de los servicios por la empresa principal (la licitadora).

Insistimos en que GEH pretendía realmente una cesión del contrato en fraude de ley, mediante la subcontratación ilegal del 100% de las prestaciones objeto del mismo.

Se adjuntan, como **Documentos nº 3 y 4**, los acuerdos de colaboración propuestos por GEH a APR, respectivamente, para los lotes 1 y 2 de la licitación.

Esta parte considera que la conducta llevada a cabo por GEH en el marco de la licitación, en virtud de la cual ha supeditado la suscripción de un acuerdo de colaboración a la aceptación por APR de unos términos inasumibles, debe tenerse por una restricción efectiva de la competencia.

Resulta incontrovertido señalar que GEH es una empresa fabricante de equipos de alta tecnología de diagnóstico por imagen. GEH, además, presta determinados servicios de mantenimiento de los citados equipos. La prestación de estos servicios de mantenimiento puede efectuarse: en el nivel minorista, directamente por GEH al operador adquirente de los equipos (por un ejemplo, un hospital); o a nivel mayorista, a empresas especializadas en el mantenimiento de estos equipos, que pueden necesitar puntualmente al fabricante para adquirir algunas piezas o prestar determinados servicios de asistencia a los hospitales (empresas como APR).

Es decir, GEH es una empresa que actúa como proveedor en varios mercados verticalmente relacionados. En primer lugar, en el mercado de la fabricación y comercialización de equipos de diagnóstico por imagen. En segundo lugar, en el mercado del mantenimiento de los citados equipos a hospitales principalmente. Y, por último, en el mercado de la prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de piezas para el mantenimiento de los equipos a empresas especializadas en el mantenimiento¹.

¹ Tanto la Comisión Europea, como la CNMC, han definido mercados relacionados con los equipos de equipos de diagnóstico por imagen. En su Decisión de 21 de enero de 2004, en el asunto General Electric/Amersham, M.3304, la Comisión Europea definió un mercado de la fabricación y

Ya se ha indicado que APR no fabrica equipos de diagnóstico, no obstante, sí presta servicios de mantenimiento de los mismos (entre otros, los fabricados por GEH). En consecuencia, APR es una empresa competidora de GEH, en lo que a la prestación de servicios de mantenimiento se refiere (insistimos en que APR mantiene decenas de equipos similares a los que constituyen el objeto de los lotes nº 1 y 2 del contrato, tal y como indicaba en su oferta, aportando los correspondientes certificados de buena ejecución).

Y en el mercado verticalmente relacionado de la prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de piezas para el mantenimiento de los equipos de GEH, APR es cliente de GEH. Debe recordarse en este punto que, aunque en este caso GEH no es el único proveedor, pues existen otras empresas – como AGITO MEDICAL y ADVANCED IMAGING SYSTEMS – que se dedican al suministro de piezas originales y de servicios de asistencia de equipos de GEH y con las que APR mantiene acuerdos, a efectos de la presente licitación el PCAP valoraba con 15 puntos el hecho de tener acuerdos con el fabricante – y no con otros posibles proveedores - para el apoyo, soporte y suministro de piezas de los equipos, por lo que APR debía ser cliente únicamente de GEH si quería obtener la mencionada puntuación.

Es en este último mercado, el de la prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de piezas para el mantenimiento de los equipos de GEH, en el que tienen lugar las conductas de GEH que son restrictivas de la competencia.

APR solicita a GEH la suscripción de un acuerdo y ésta, según hemos visto, le ofrece uno materialmente inasumible. **Lo que resulta determinante en la consideración de que existe una conducta restrictiva de la competencia, es que, mientras GEH ofrece un acuerdo imposible, la misma GEH está compitiendo con APR para resultar adjudicataria de la licitación en el mercado en el que ambas compiten, el relacionado con el mantenimiento de los equipos.**

No parece necesario incidir más en el evidente conflicto de interés que se presenta en el caso de GEH, que el órgano de contratación ha hecho posible a través de la introducción del criterio cualitativo controvertido y mediante una absoluta falta de vigilancia acerca de la utilización del citado criterio por parte del fabricante de los equipos. La conducta de GEH ha tenido lugar a pesar de las manifestaciones que, a este respecto, ya formuló esta parte en la oferta presentada con motivo de la licitación (contenidas en el sobre 3, obrante en el expediente de la licitación, al cual nos remitimos), las cuales han sido obviadas por el órgano de contratación.

Debe aclararse que APR no pretende poner en duda la validez del criterio cualitativo, en relación con el que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID ya se pronunció en su Resolución nº 53/2019, de 6 de febrero.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la validez del citado criterio reposaba, entre otras circunstancias, en que es un *“criterio de adjudicación igual para todos los licitadores y que es accesible a cualquiera de ellos”* (la negrita y el subrayado son nuestros). Se ha acreditado que el criterio controvertido, contrariamente a lo manifestado en la citada

comercialización de equipos de diagnóstico por imagen. En su resolución de 19 de enero de 2017, C/0822/16, Affidea/Q Diagnostica, la CNMC definió el mismo mercado.

resolución, ha devenido en un criterio de adjudicación que, como consecuencia de la actuación del fabricante, no ha sido accesible a todos los licitantes sino sólo a uno (la propia GEH).

Por lo demás, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID debe saber que la restricción de la competencia que se plantea en este fundamento jurídico presenta una importante identidad con las conductas restrictivas de la competencia estudiadas por la CNMC con motivo de su resolución de 13 de junio de 2017, en el expediente 557/15, Nokia. Se aporta una copia de la resolución, como **Documento nº 5**, al objeto de facilitar su identificación a este tribunal.

En el citado expediente, la CNMC analizó las conductas llevadas a cabo por las empresas concurrentes a la licitación convocada por la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (en adelante “**ADIF**”) para la prestación de servicios de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R, entre otras.

De acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas, como requisito para acreditar la solvencia técnica de las empresas licitantes, se incluía la exigencia de presentar una carta de compromiso del fabricante de las instalaciones en la que se garantizara la asistencia y soporte técnico de éste al adjudicatario. La alternativa, en caso de no contar con ese compromiso, era que el adjudicatario sustituyera las instalaciones para las que no contaba con esa carta.

Los fabricantes de las instalaciones de telecomunicaciones móviles de ADIF eran dos empresas, Nokia y Kapsch. Nokia era el fabricante de la práctica totalidad de las instalaciones de telecomunicaciones móviles de las líneas de alta velocidad de ADIF, mientras que las instalaciones de Kapsch se limitaban a una sola de las líneas de alta velocidad.

Las propias Nokia y Kapsch concurren al procedimiento de licitación para la prestación de los servicios de mantenimiento convocado por ADIF. Nokia solicitó a Kapsch la carta de compromisos requerida en el pliego de prescripciones técnicas de ADIF y Kapsch hizo lo propio. No obstante, ninguna de las dos empresas emitió la carta. A pesar de lo anterior, Nokia, con una baja limitada al 1,12%, resultó adjudicataria al comprometerse a sustituir, sin coste alguno para ADIF, las instalaciones de Kapsch.

Una vez dictada la resolución de adjudicación en favor de Nokia, **la CNMC concluyó acerca de la existencia de un abuso de una posición de dominio por parte de Nokia, contrario al artículo 2 de la LDC**. La autoridad de competencia estimó que Nokia se había valido de su condición de empresa dominante en el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de piezas para el mantenimiento para, siendo competidor en el mercado minorista de la prestación de servicios de mantenimiento, negar el acceso a un input esencial (identificado con la necesidad de contar con el compromiso del fabricante de las instalaciones para poder prestar los servicios de mantenimiento).

La CNMC comprobó, además, que los precios mayoristas aplicados por Nokia no le habrían permitido obtener un margen positivo en la prestación de los servicios de mantenimiento a nivel minorista.

La principal diferencia que radica entre el asunto que acaba de exponerse y el que nos ocupa está relacionada con que el acuerdo con el fabricante de los equipos, en el caso de la licitación

de ADIF, se constituía como una condición de solvencia técnica y, en el caso de la licitación del órgano contratante, se conforma como un criterio cualitativo. Tal circunstancia, a la que esta parte no niega relevancia en el marco de la propia licitación, es del todo irrelevante en la valoración de la existencia de una restricción de la competencia.

Nos encontramos con que en el caso de GEH, al igual que en el de Nokia, el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de piezas para el mantenimiento está verticalmente relacionado con el mercado minorista de prestación de servicios de mantenimiento.

Además, **ha quedado acreditado que GEH, apoyado en su condición de empresa dominante en el mercado mayorista nacional de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de piezas para el mantenimiento de sus equipos, ha negado *de facto* el acceso de APR, con quien compite en el mercado minorista de prestación de servicios de mantenimiento, a un input decisivo en el marco de la licitación** (identificado con la necesidad de contar con el compromiso del fabricante de los equipos).

Atendiendo a que los precios mayoristas ofrecidos por GEH triplican los de los presupuestos base de los lotes 1 y 2, también se ha podido confirmar que APR no podría haber obtenido un margen positivo en la prestación de los servicios de mantenimiento a nivel minorista. Es más, **no es que esta parte no hubiera podido obtener un margen positivo a la vista de los precios mayoristas ofrecidos, es que la aceptación del acuerdo de GEH le hubiera supuesto a APR incurrir en unos abultados márgenes negativos en la prestación de los servicios al órgano contratante.**

En la conducta restrictiva de la competencia consumada por GEH, tampoco ha ayudado el inflexible criterio del órgano de contratación que, a pesar de conocer las dificultades de APR para llegar a un acuerdo con GEH, no ha tomado en consideración los acuerdos suscritos por esta parte con AGITO MEDICAL (empresa parte de la multinacional Philips) y con ADVANCED IMAGING SYSTEMS (empresas multinacionales de reconocido prestigio que operan en el ámbito de América y Europa) **que garantizaban el suministro de piezas originales y servicios de asistencia para los equipos de GEH.** Se adjuntan los citados acuerdos, como **Documentos nº 6 y 7.**

Entendemos que el órgano de contratación, ante la constatación de que el Criterio Cualitativo no era, *de facto*, igual y accesible para todos los licitadores (premisa en la que ese TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID se basó para declararlo conforme a Derecho en su Resolución nº 53/2019, de 6 de febrero), debió tomar en consideración los citados acuerdos de APR con AGITO MEDICAL y con ADVANCED IMAGING SYSTEMS, que servían igualmente al fin perseguido por el Criterio Cualitativo.

APR se reserva el derecho de poner en conocimiento de la CNMC las conductas llevadas a cabo por GEH, así como el hecho relativo a la interposición de este recurso.

En todo caso, a la vista de todo lo anterior, **esta parte considera acreditado que GEH, al haber abusado de su posición de dominio, ha incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC y que el órgano de contratación, al no haber garantizado el mantenimiento de una competencia efectiva entre GEH y APR en el marco de la licitación (a pesar de haber sido**

advertido por APR antes de dictarse la resolución de adjudicación), ha vulnerado la obligación contenida en el artículo 132.3 de la LCSP.

Por lo expuesto, al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SOLICITO: Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del DIRECTOR GERENTE DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO FUNDACIÓN ALCORCÓN de 30 de abril de 2019, por la que se adjudican los lotes nº 1 y 2 del contrato de referencia a GEH; y, a la vista de lo manifestado en el fundamento jurídico segundo y previos los trámites oportunos, anule, revoque y deje sin efecto dicha resolución, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de las proposiciones presentadas, a efectos de que se valoren los acuerdos suscritos por APR con AGITO MEDICAL y con ADVANCED IMAGING SYSTEMS con 15 puntos, para garantizar el principio de [defensa de la libre competencia y el principio de](#) igualdad de trato y no discriminación, y dado que sirven igualmente al fin perseguido en el criterio cualitativo nº 1 del Apartado 2.1 de la Cláusula 1.9 del PCAP, y, consecuentemente, admita la proposición de APR 1998, S.L. para su valoración conforme a los criterios económicos, dictando el acuerdo de adjudicación que proceda.

OTROSÍ DIGO: Que, conforme a lo previsto en el artículo 53 de la LCSP, *“una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación”*.

Por lo tanto, el procedimiento de contratación debe entenderse suspendido automáticamente *ipso iure* por el mero hecho de la interposición del presente recurso.

En virtud de lo expuesto, al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SOLICITO: Que tenga por hecha la anterior manifestación y, con arreglo a lo previsto en el artículo 53 de la LCSP, declare suspendida la tramitación del expediente de contratación desde la fecha de interposición del presente recurso.

En Madrid, a 22 de mayo de 2019.

Fdo: Borja Ribed Sánchez

APR 1998, S.L.