

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de mayo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don N.L., en nombre y representación de Sirtex Medical Europe GmbH, contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Suministro de microesferas marcadas con Ytrio 90 con destino al Centro de Medicina Nuclear del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: P.A. 2017-0-38, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de fecha 6 de abril de 2017 de la Dirección-Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre, se dispone la publicación en los boletines oficiales y en el perfil del contratante en internet de la convocatoria del contrato de suministro de microesferas marcadas con Ytrio 90 con destino al Centro de Medicina Nuclear del Hospital Universitario 12 de Octubre. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE el 11 de abril, en el perfil de contratante el 18 de abril, en el BOCM de 24 de abril y en el BOE de 29 de abril.

El valor estimado asciende a 261.800 euros. El plazo de presentación de ofertas finaliza el 29 de mayo.

Segundo.- El 28 de abril de 2017 tuvo entrada en el Hospital 12 de Octubre el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Sirtex Medical Europe GmbH en el que solicita:

“la NULIDAD o ANULABILIDAD de la resolución y por tanto del pliego administrativo, o bien se modifique la redacción actual, permitiendo a esta parte intervenir en el procedimiento; y todo ello en el sentido de que se convoque una nueva licitación o se prosiga con la misma sin que por ello decaigan intereses de mi representada, modificando tanto en la resolución como en el pliego de prescripciones técnicas, las especificaciones que limitan el acceso a la licitación de mi principal en igualdad de condiciones, tal y como se ha manifestado en el cuerpo del presente escrito y, en concreto:

1. Eliminando la palabra “de vidrio” de la descripción del objeto de contratación, esto es, “microesferas de vidrio...”, que aparece tanto en la resolución, página 2, como en el anexo al pliego de prescripciones técnicas (pliego de prescripciones técnicas, página 2/2).

2. Permitiendo el acceso de ambas empresas en igualdad de condiciones, eliminando la obligación del “kit de administración”, descrito en el pliego de prescripciones técnicas particulares, página 1/2; así como respecto de los criterios evaluables y su puntuación, establecidos en el apartado 8.2 de la página 9 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas, tener en cuenta que dicha puntuación sea en condiciones de igualdad y no discriminación, esto es, que se tengan en cuenta los criterios objetivos y no específicos adaptados a una única empresa competidora, a fin y efecto de preservar la competencia efectiva en régimen de igualdad.

SUBSIDIARIAMENTE, para el supuesto de que no se admita o se desestime el anterior recurso y el Órgano de Contratación al que me dirijo entendiese que los hechos descritos en el cuerpo del presente escrito corresponden a unos simples errores materiales subsanables, se solicita, de conformidad con el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la rectificación de esos errores materiales contenidos en

la resolución y, en el pliego administrativo de prescripciones técnicas, eliminando las especificaciones que limitan el acceso a la licitación en igualdad de condiciones, tal y como se ha expuesto a lo largo de este escrito.”

Tercero.- El 5 de mayo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Sirtex Medical Ltd es una empresa de atención médica de origen australiano, y que en Europa comercializa su producto en Europa a través de su empresa en Alemania Sirtex Medical Europa GmbH, registrada en el Handelsregister B des Amtsgerichts Bonn, siendo España uno de sus mercados de comercialización.

Según indica en su recurso, el principal objetivo de Sirtex consiste en la implementación de tecnologías dirigidas a la mejora de los resultados en los tratamientos de personas con cáncer. Su producto es un sistema de radioterapia especialmente diseñada para el cáncer hepático, denominada *microesferas de resina SIR-Spheres Y-90 de SIR-Spheres®*. Las microesferas de resina con *SIR-Spheres Y-90* están aprobadas para el tratamiento de tumores hepáticos inoperables en Australia, la Unión Europea (Marca CE) y otros países. Las microesferas de resina con *SIR-Spheres Y-90* también están aprobadas en los Estados Unidos (aprobación de pre-comercialización por la FDA) para el tratamiento de tumores hepáticos metastásicos inoperables por cáncer colorrectal primario, en combinación con quimioterapia intra-arterial hepática con floxuridina.

El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio fue publicado en el DOUE el 11 de abril de 2017, e interpuesto el 28, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- En ambos pliegos consta como objeto de contratación: *“microesferas de vidrio marcadas con ytrio 90 para tratamiento de hepatocarcinoma p/radio embolización”*.

Alega la recurrente que la descripción, en concreto, la referencia a las microesferas “de vidrio” limita la posibilidad de acceso a la licitación pública por parte de Sirtex, por cuanto actualmente en el mercado sólo existen dos empresas proveedoras de microesferas en cuestión, siendo una de ellas, que trabaja con las microesferas de resina y la otra, la de la empresa competidora, que suministra las microesferas de vidrio. Por consiguiente, al acotar el objeto del contrato solamente a las microesferas de vidrio se impide automáticamente su acceso a la participación en la licitación de referencia. De modo que, un concurso con procedimiento abierto se convierte en uno cerrado, a la medida de una única empresa competidora.

El Hospital 12 de Octubre informa que la Dirección Gerencia dictó resolución por la que, al amparo de lo prevenido en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se subsanó el error advertido, suprimiendo la expresión “de vidrio” del redactado del PPT.

Dicha resolución de fecha 24 de abril, se publicó en el perfil de contratante del Portal de contratación de la Comunidad de Madrid junto con los nuevos pliegos de PCAP y PPT de manera que se satisface la petición de la recurrente en este punto.

Sexto.- En segundo lugar, como motivo de recurso se invoca que la descripción del objeto del contrato enumera una serie de componentes que única y exclusivamente administra la empresa competidora.

En concreto el PPT solicita:

“CONTENIDO:

- *Vial de microesferas de Ytrio 90*
- *Kit de administración:*

Caja acrílica.

Contenedor de metacrilato para residuos.

Plantilla de medición.

3 set de administración del tratamiento.

Dosímetro”.

Considera la recurrente que el kit de administración no es un elemento esencial e imprescindible del bien objeto del contrato en cuestión, por lo que, se crean los obstáculos y limitaciones de acceso a la licitación para todas las empresas competidoras menos para la que diseñó el kit de referencia.

El Hospital 12 de Octubre informa que la Jefe de Servicio de Medicina Nuclear indica *“(...) que el Pliego no exige que los elementos tengan que presentarse necesariamente en una “caja”, como se expresa en el recurso. A este Servicio le es indiferente el tipo o la forma del continente de los elementos o accesorios que se requieren en el Pliego, o su aportación individual y separada siempre que se*

presenten todos. Por ello, se propone al Órgano de Contratación que, si lo considera procedente, dicte Resolución rectificando la expresión “Kit de administración” que contiene el PPT de este procedimiento, por la de “material necesario para la administración (...).”

Siguiendo esta última sugerencia, la Dirección Gerencia, en fecha 4 de mayo ha dictado resolución de corrección de errores en el sentido indicado por la Jefa de Servicio, eliminando la palabra kit de administración pero manteniendo los elementos o accesorios que se requieren y se integran como “material necesario para la administración”, publicándola junto con el nuevo PPT, de manera que se da satisfacción al motivo de recurso, que por tanto carece de objeto. Si bien con la nueva redacción se admite el “material necesario para la administración”, se siguen identificando cuáles son esos elementos o accesorios en los mismos términos que figuraban en la redacción objeto del recurso. La modificación, según su intención, habrá de interpretarse de manera que se admitan productos que contengan todo el material necesario para la administración, coincida o no con lo descrito en el PPT.

Séptimo.- Por último y en relación con los criterios evaluables y su puntuación, establecidos en el apartado 8.2 del PCAP, la recurrente hace hincapié que dicha puntuación sea en condiciones de igualdad y no discriminación, esto es, que se tengan en cuenta los criterios objetivos y no específicos adaptados a una única empresa competidora, a fin y efecto de preservar la competencia efectiva en régimen de igualdad.

El apartado 8.1 de la cláusula 1 del PCAP establece como criterio de adjudicación automática el precio y, el que se menciona en el recurso, el 8.2 del PCAP establece como criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas con hasta 30 puntos:

“· Número de esferas inferior a 8 millones, para disminuir el efecto embólico y riesgo de reflujo.

· Menor o igual..... 5 puntos

· Mayor..... 0 puntos

- Posibilidad de utilización en pacientes con trombosis de la vena porta.
- SI..... 4 puntos
- NO..... 0 puntos
- Posibilidad de dosis personalizadas para cada paciente.
- SI..... 5 puntos
- NO..... 0 puntos
- No necesidad de manipulación del producto para disminuir los riesgos de contaminación e irradiación del personal.
- NO NECESITA 4 puntos
- SI NECESITA 0 puntos
- Eliminación de Ytrio 90 por vía urinaria
- SI..... 4 puntos
- NO..... 0 puntos
- No necesidad del uso de contraste radiológico.
- NO NECESITA..... 4 puntos
- SI NECESITA 0 puntos
- Capacidad de respuesta en caso de incidencia con el producto, no superior a 48 horas:
- INFERIOR..... 4 puntos
- SUPERIOR..... 0 puntos”.

El Hospital 12 de Octubre informa que lo que interesa valorar al Servicio de Medicina Nuclear son las mejores condiciones en cuanto a radioprotección, menor manipulación del RF y adaptación a la labor asistencial.

Como dice el PCAP, se trata de criterios objetivos para la adjudicación del contrato, evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas. Si bien la objetividad de los criterios elimina la subjetividad a la hora de su aplicación, con ello no se elimina posibilidad de desigualdad o discriminación en su formulación. Sin embargo, el recurso no concreta en qué aspectos la puntuación de los criterios objetivos de valoración establecidos en la cláusula 1, apartado 8.2 del PCAP, no satisfacen los principios de igualdad y no discriminación. Ningún defecto de

ilegalidad se achaca y en consecuencia el Tribunal no puede sustituir el juicio de legalidad.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don N.L., en nombre y representación de Sirtex Medical Europe GmbH, contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas del contrato denominado “Suministro de microesferas marcadas con ytrio 90 con destino al Centro de Medicina Nuclear del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: P.A. 2017-0-38.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos

meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.