

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

En Madrid, a 27 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de la empresa Sirtex Medical Europe GmbH (en adelante, Sirtex, contra el informe técnico de valoración que motiva su exclusión del contrato de “Suministro de microesferas marcadas para radioembolización para el Servicio de Medicina Nuclear del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, número de expediente 202000002, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fechas 10, 15 y 20 de julio de 2020 se publicó, respectivamente, en el BOCM, el DOUE y en el Perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación del contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado asciende a 386.400 euros.

Posteriormente el 29 de julio de 2020 se publicó una modificación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, concretamente varios de los criterios de adjudicación y se otorga nuevo plazo de presentación de proposiciones.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron dos licitadoras, una de ellas la recurrente.

El 7 de octubre de 2020 la mesa de contratación examina el informe de valoraciones que el Servicio de Suministros aporta, en el que se establece la puntuación total obtenida por las empresas que se han presentado al procedimiento y el orden en el que han quedado clasificadas las ofertas, acordándose que SIRTEX es excluida por no cumplir las especificaciones técnicas solicitadas en el pliego y recayendo la propuesta de adjudicación en su competidora Biocompatibles UK Ltd España.

El informe técnico de valoración es publicado en el Portal de contratación con fecha 19 de octubre.

Tercero.- El 10 de noviembre de 2020 tuvo entrada en este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Sirtex en el que solicita que se declare la nulidad del informe técnico emitido y subsidiariamente de todo el procedimiento ya que su exclusión se ha basado en una modificación del Pliego de Condiciones Técnicas sin cumplir con los requisitos de publicidad y con vulneración de los principios de transparencia e igualdad de oportunidades de todos los licitadores.

Cuarto.- El Tribunal dio traslado del recurso al Órgano de contratación el cual el 19 de noviembre de 2020 remite el expediente y el correspondiente informe preceptivo a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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), en el informe se exponen los argumentos del Órgano de contratación para la modificación de los Pliegos y para acordar la exclusión de la recurrente, que serán analizados al resolver sobre el fondo.

Quinto.- No se ha concedido plazo para formular alegaciones dado que por el objeto del recurso no se van a tener en cuenta otros hechos, ni otras alegaciones y pruebas

que las que ha realizado la reclamante o constan en el expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso planteado.

Segundo. - La recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso respecto al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento “cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero. - Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que se ha interpuesto contra el informe técnico emitido a requerimiento de la Mesa, en un contrato de suministros de valor estimado superior a 100.000 euros.

El informe técnico elevado a la Mesa, como ya ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, no tiene la consideración de acto recurrible puesto que debe ser asumido por la Mesa que es la que debe acordar la exclusión. No obstante, en este caso ese acuerdo se ha producido e incluso se ha llegado en la tramitación del procedimiento hasta la Resolución de adjudicación, que se ha dictado el 6 de noviembre de 2020, por lo que debe entenderse por economía procedimental, que el acto que se recurre es el acuerdo de exclusión, por lo que acto y contrato son recurribles de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1 a) y 2b) de la LCSP:

Cuarto. - Respecto al plazo, el informe se publicó 19 de octubre de 2020, por lo que el recurso interpuesto el 10 de noviembre se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del asunto la recurrente alega que el 31 de julio de 2020 se procedió a modificar el Pliego Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del procedimiento, publicándose dicha modificación en el Portal, *“en fecha 8 de septiembre de 2020, SIRTEX presentó oferta en la mencionada licitación, atendiendo a las modificaciones que expresamente le habían sido notificadas. Cuál fue la sorpresa de mi representada al ver el contenido del Informe técnico de valoración de las ofertas presentadas, publicado en el perfil del contratante el 19 de octubre de 2020, según el cual SIRTEX no cumple con los requisitos exigidos en los pliegos rectores de la licitación, dado que:*

- “No presenta actividad específica por microesferas igual o superior a 2000 Bq como se solicita en el PPT;

- No se aporta nombre comercial ni especificaciones técnicas del planificador para cálculo de dosis que se solicita en el PPT.”

Ante la confusión provocada por los requisitos telefónicamente al Órgano de contratación del Hospital Universitario Ramón y Cajal. Éste informó a SIRTEX de que cualquier comentario al respecto debería dirigirse por escrito mediante la plataforma de contratación usada para esta licitación electrónica, Vortal.

Siguiendo las instrucciones del Órgano de contratación, SIRTEX comunicó por escrito el total desacuerdo con las afirmaciones contenidas en el informe técnico de valoración y solicitó las pertinentes aclaraciones a fin de lograr entender el razonamiento de los motivos por los que se indicaba en dicho informe que mi representada no cumple con los requisitos supuestamente exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El Órgano de contratación, por su parte, se limitó a remitir el enlace al PPT publicado en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid en el cual, según el mismo, se encontraban los requisitos exigidos y no cumplidos por SIRTEX”.

Argumenta también que *“Fue entonces cuando mi representada pudo tener conocimiento de que, en el procedimiento de licitación de referencia, no solo se había modificado el Pliego de Cláusulas Administrativas según se notificaba en el Anuncio de rectificación publicado el 31 de julio de 2020, sino que también el PPT había sido modificado sustancialmente de la siguiente forma, sin que ello pueda entenderse como modificación de un error aritmético o similar”* Añade los requisitos que han sido añadidos al PPT.

Añade además que *“Desafortunada y sorprendentemente, si bien el anuncio se publicó bajo la denominación de “Anuncio de rectificación de pliegos y ampliación de mesas”, visto el extenso contenido del mismo en el que se detallaba con exactitud y mucho detalle todas y cada una de las modificaciones habidas en el PCAP, nada se mencionaba en él sobre ninguna modificación habida en el PPT.*

Por si fuera poco, este cambio en el PPT era de significación tal que definitivamente restringía la participación en la licitación de referencia a una sola empresa en el mercado español, BIOCOMPATIBLES UK LTD ESPAÑA. Y es que la actividad específica de 2.000 Bq por microsfera de repente exigida, consiste en otro requisito técnico que cumple estrictamente con las características técnicas del producto fabricado por el competidor de mi mandante, sin justificar de modo alguno la Administración que dicha característica pueda ser más beneficiosa bien para el paciente bien para el personal del hospital. No hay, por tanto, ninguna motivación que acredite el porqué de dicho cambio más que SUSTANCIAL, el cual deja a una de las empresas competidoras fuera del concurso, impidiendo ello el acceso de mí representada al mismo.

En cuanto al segundo requisito que según el Informe técnico de valoración de las ofertas presentadas SIRTEX no cumple, esto es, la aportación del nombre comercial y especificaciones técnicas del planificador para cálculo de dosis, cabe apuntar que esta parte no ha sido capaz de encontrarlo en el PPT, ni en el originalmente publicado ni en el modificado, sin que, pese a las consultas realizadas, se haya dado respuesta a qué es lo que realmente se solicita.”

Por todo ello solicita la anulación del informe técnico y la retroacción de actuaciones y subsidiariamente la anulación del procedimiento al haberse modificado el PPT sin la debida publicidad.

El Órgano de contratación en su informe expone que *“En relación a los motivos por los cuales se lleva a cabo la modificación del PPT, el Servicio promotor manifiesta que, una vez publicados los pliegos a licitación, se observan una serie de omisiones que son sustanciales para la finalidad del contrato, y en este sentido manifiesta las siguientes consideraciones:*

“En el hospital Ramón y Cajal, el tratamiento de lesiones tumorales hepáticas con radioembolización es multidisciplinar, incluyendo los servicios de Gastroenterología, Radiodiagnóstico y Medicina Nuclear. Cada tratamiento es personalizado y decidido por un comité clínico multidisciplinar. Dicha experiencia asistencial ha llevado a la conclusión clínica, en este hospital, que a mayor carga radiactiva de la microesfera que se utiliza en la radioembolización, se obtiene un mayor beneficio en el tratamiento de estas lesiones tumorales, ya que en este tipo de tratamiento la finalidad es ser más distal y supraselectivo. Por dicho motivo asistencial se ha incorporado al pliego del concurso el requisito de un mínimo de 2000 Bq/microesfera. Este requisito aumenta la seguridad del paciente pudiendo incrementar la dosis sin dañar al tejido sano. Así lo corroboran distintas publicaciones y guías clínicas (J Nucl Med 2016; 57:665–671, ESMO Guidelines, EANM Guideline, etc).

Hospitales similares al Hospital Ramón y Cajal, de nivel terciario, como es el hospital Doce de Octubre de Madrid, presentan la misma línea de actuación terapéutica. Prueba de ello es la convocatoria y posterior adjudicación del concurso similar en julio de 2020 del hospital Doce de Octubre donde la definición de las características es la misma que la adoptada por este Hospital, según se ha comprobado en su Resolución de adjudicación y el informe técnico emitido en el expediente (docs 33 y 34) ambos documentos publicados en su página del Perfil del contratante, y en el que la recurrente queda excluida igualmente por incumplimiento de la actividad específica 2.500Bq/microesferas.

La modificación llevada a cabo en el apartado de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: donde dice ‘posibilidad de dosis personalizada para cada paciente’ debe decir ‘posibilidad de dosis personalizada para cada paciente sin necesitar de manipulación del producto para no aumentar los riesgos de irradiación/contaminación del personal’, no se trataba de introducir una modificación sustancial en sí, sino que lo que se pretendía era dar una explicación de la necesidad de mantener la protección radiológica a la que se somete el personal. No obstante, de la documentación aportada por SIRTEX se aprecia que no podía ofrecer en ese momento dosis personalizada”.

En cuanto a la apreciación de la *“falta de notificación de la modificación del pliego de prescripciones técnicas por parte del Órgano de contratación”* alegada por la recurrente, argumenta que *“Debemos manifestar que, el anuncio de licitación se publicó en el perfil del contratante el 20 de julio de 2020”.*

Posteriormente, el Servicio promotor advierte la necesidad de modificar los pliegos por los motivos anteriormente expuestos y en aras de los principios de economía procesal y celeridad, se opta por publicar un anuncio con las modificaciones oportunas. No obstante, se decide igualmente ampliar el plazo para la presentación de proposiciones por un plazo equivalente al que lleva el anuncio publicado, de forma que no merme el tiempo que tienen los licitadores para conocer los cambios efectuados.

El 29 de Julio de 2020 la Unidad de contratación, publica un anuncio, en el que se manifiesta que:

- se modifica el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*
- se ordena su sustitución en el Perfil del contratante*
- se amplía el plazo de presentación de ofertas del 7 de septiembre, al 14 de septiembre.*

Si bien, inicialmente se aprecia que esta modificación afecta únicamente a la denominación del lote y a la valoración de los criterios de forma automática por aplicación de fórmulas de la cláusula 1 del PCAP, y así se manifiesta en dicho anuncio, es a posteriori, cuando se aprecia que las modificaciones afectan también al PPT.

Lo que el recurrente no ha manifestado en su escrito es, que ambos pliegos (PCAP y PPT) una vez que son sustituidos, quedan publicados en el Perfil del Contratante, el 7 de agosto, de tal forma que los pliegos antiguos se mantienen publicados en el banner *“preparación del contrato”* con el mensaje *“posteriormente rectificado”*, y los pliegos corregidos quedaron publicados en su apartado correspondiente, como se puede comprobar en la misma página del Perfil.

Lo anterior se ha ejecutado en cumplimiento del principio de transparencia que debe gobernar toda licitación y obedeciendo, no solo a las condiciones del art. 63 de la LCSP, sino que, fundamentalmente cumple con las recomendaciones manifestadas en reiteradas ocasiones por el TACPCM consistentes en dejar ambos pliegos publicados, con la finalidad de que toda la información quede a disposición de los licitadores y en cumplimiento del principio de transparencia, por lo que entendemos que, en este sentido, este Órgano de contratación, no ha actuado en ningún caso con *“oscurantismo”* o *“mala fe”*.

Tampoco ha manifestado el recurrente que, el mismo día que se llevó a cabo esta modificación en el Perfil del contratante, se les hizo llegar también, a través de la plataforma VORTAL, gestora de todos los expedientes de contratación del hospital, el mensaje cuyo contenido literal fue (doc 14):

“Buenos días. Pongo en conocimiento de ustedes que en fecha de hoy han sido publicados en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, los nuevos pliegos del expediente y las nuevas fechas de mesa siendo: fecha límite: 14 de septiembre a las 18:00 horas. Mesa de proposiciones económicas y fórmulas el 23 de septiembre de 2020 a través de la plataforma electrónica VORTAL”.

Por todo ello considera que la actuación ha sido conforme a derecho.

Expuestas las posiciones de las partes conviene recordar que el artículo 28 de la LCSP establece que corresponde al Órgano de contratación determinar el contenido de los contratos, al objeto de satisfacer las necesidades que se pretendan cubrir con la contratación.

Esto significa que las características y requisitos de los suministros deben ser determinados y especificados por el Órgano de contratación atendiendo a las necesidades existentes y plasmarse en los Pliegos correspondientes.

Ahora bien, una vez que se han publicado esos Pliegos y se ha iniciado el procedimiento de licitación, los artículos 122 y 124 de la LCSP imponen igualmente que tanto el PCAP como el PPT, solo podrán ser modificados por error material, de hecho, o aritmético. *“En otro caso la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”*.

En el caso que analizamos el Tribunal constata que se produjo una modificación del PCAP que fue objeto de publicación el día 29 de julio, mediante una Resolución del Director Gerente del Hospital en la que consta que el *“Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el que ha sido subsanado por cambio de circunstancias lo siguiente:*

Donde dice: VIAL MICROESFERA PARA RADIOEMBOLIZACIÓN.

debe decir: VIAL MICROESFERAS MARCADAS CON YTRIO 90 PARA RADIOEMBOLIZACIÓN.

Donde dice: Posibilidad de dosis personalizada para cada paciente:

SI: 10 PUNTOS.

NO: 0 PUNTOS.

- Capacidad de respuesta en caso de incidencia con el producto, no superior a 48 horas:

INFERIOR: 10 PUNTOS.

SUPERIOR: 0 PUNTOS.

- Dosímetro:

SI: 10 PUNTOS.

NO: 0 PUNTOS.

Debe decir: - Posibilidad de dosis personalizada para cada paciente sin necesidad de manipulación del producto para no aumentar los riesgos de irradiación/contaminación del personal:

SI: 20 PUNTOS.

NO: 0 PUNTOS.

- Capacidad de respuesta en caso de incidencia con el producto, no superior a 48 horas:

INFERIOR; 10 PUNTOS.

SUPERIOR: 0 PUNTOS.

En consecuencia, se amplía el plazo establecido para la presentación de ofertas, siendo la nueva fecha límite prevista para la presentación de las solicitudes de participación el día 14 de septiembre de 2020 a las 18:00 horas a través de la plataforma electrónica”

Resulta evidente que esta modificación del PCAP no alcanza al PPT al que no se refiere la Resolución. Sin embargo, el informe del recurso reconoce que “es a posteriori, cuando se aprecia que las modificaciones afectan también al PPT”.

Una vez advertidas esas modificaciones debió dictarse una nueva Resolución especificando los cambios que se introducen y retrotrayendo las actuaciones como exige el artículo 124 de la LCSP. Hay que recordar igualmente que nos encontramos ante un procedimiento sujeto a regulación armonizada que implica la publicación en el DOUE.

Según se puede comprobar en el Portal de Contratación no se dictó tal Resolución ni en consecuencia pudo publicarse.

El Órgano de contratación en el informe alega que *“una vez que son sustituidos, quedan publicados en el Perfil del Contratante, el 7 de agosto, de tal forma que los pliegos antiguos se mantienen publicados en el banner “preparación del contrato” con el mensaje “posteriormente rectificado”, y los pliegos corregidos quedaron publicados en su apartado correspondiente, como se puede comprobar en la misma página del Perfil”*. Además, añade que *“el mismo día que se llevó a cabo esta modificación en el Perfil del contratante, se les hizo llegar también, a través de la plataforma VORTAL, gestora de todos los expedientes de contratación del hospital, el mensaje cuyo contenido literal fue (doc 14):*

Buenos días. Pongo en conocimiento de ustedes que en fecha de hoy han sido publicados en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, los nuevos pliegos del expediente y las nuevas fechas de mesa siendo: fecha límite: 14 de septiembre a las 18:00 horas. Mesa de proposiciones económicas y fórmulas el 23 de septiembre de 2020 a través de la plataforma electrónica VORTAL”.

Sin embargo, el Tribunal considera que ninguna de esas dos circunstancias significa una retroacción de actuaciones puesto que ni se han aprobado las modificaciones del PPT por el órgano competente ni se ha publicado en debida forma y efectivamente, los licitadores no han podido conocer el alcance de esas modificaciones para o bien impugnar los nuevos Pliegos o acomodar sus ofertas a los nuevos requerimientos.

Por todo ello debemos concluir que en este caso no se ha seguido el procedimiento establecido para la modificación del Pliego de Prescripciones Técnicas y el recurso debe ser estimado, anulando el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades aprobando los pliegos modificados y procediendo a su publicación en debida forma.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de la empresa Sirtex Medical Europe GmbH, contra el informe técnico de valoración que motiva su exclusión del contrato de Suministro de microesferas marcadas para radioembolización para el Servicio de Medicina Nuclear del Hospital Universitario Ramón y Cajal, número de expediente 202000002, anulando el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades aprobando los pliegos modificados y procediendo a su publicación en debida forma.

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 58.2 de a LCSP

Tercero. - 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 108 de la LCSE.