

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

En Madrid, a 16 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.O.S., en nombre y representación del Biología y Técnica de la Radiación, S.L., contra los pliegos y los documentos contractuales que establecen el procedimiento de contratación, en relación al Procedimiento Negociado Sin Publicidad “Suministro de un Sistema de radioterapia guiado por Resonancia Magnética de alto campo” P.N.S.P. 6/2018 Bis, para el Hospital Universitario La Paz.

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 13 de diciembre de 2018, se tramitó a través de la Plataforma Electrónica de Contratación Pública del Hospital Universitario La Paz, gestionada por la empresa VORTAL S.A., la invitación para ofertar en el P.N.S.P. 6/2018 BIS, “Suministro de un Sistema de Radioterapia Guiado por Resonancia Magnética para el Hospital Universitario La Paz”. Previamente El 4 de diciembre de 2018 se recibe Resolución del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Sanidad autorizando la contratación del contrato denominado “Sistema de Suministro de un Sistema de Radioterapia Guiado por Resonancia Magnética para el Hospital Universitario La Paz”, por Procedimiento Negociado sin Publicidad 6/2018, por un

plazo de un año. Al tratarse de un procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad, en aplicación del artículo 168.a.2º de la LCSP, se invitó a la empresa ELEKTA MEDICA, S.A., para que presentará la documentación requerida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, siendo la fecha límite de presentación de ofertas el 18 de diciembre de 2018.

Segundo.- Con fecha 21 de diciembre de 2018 se recibe en el Registro del Hospital, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Biología y Técnica de la Radiación, S.A., contra los pliegos y documentos contractuales del procedimiento negociado sin publicidad nº 6/2018.

En el recurso se solicita previa la tramitación legal que corresponda, sea dictada resolución en la que se resuelva anular dicho procedimiento negociado sin publicidad P.N.S.P. 6/2018. Y también que se invite a tres licitadores, de conformidad con el artículo 169 de la LCSP.

Tercero.- El 26 de diciembre de 2018 la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo acompañado del informe preceptivo. En fecha 8 de enero se da traslado para alegaciones a la empresa adjudicataria Elekta Medical, S.A., acusando recibo el mismo día, habiéndose recibido dentro del plazo legal de 5 días que marca el artículo 56 de la LCSP. Y que, por su extensión se recogen, en los fundamentos de derecho.

Cuarto.- En fecha 9 de enero de 2019, habiendo el órgano de contratación solicitado el levantamiento de la suspensión automática de la adjudicación se acuerda por este Tribunal su mantenimiento, *“tratándose de un procedimiento negociado sin publicidad por un importe de 7.438.016,54 euros, siendo necesario oír a la empresa adjudicataria del mismo, ponderadas las circunstancias del caso y al no haberse acreditado que el mantenimiento de la suspensión suponga perjuicio para los intereses generales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en 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.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de Biología y Técnica de la Radiación, S.L. por tratarse de un interesado en la convocatoria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*. El propio órgano de contratación reconoce en su contestación al recurso que existen dos equipos de radioterapia guiada por resonancia magnética, el de la adjudicataria y el de la recurrente: “el Hospital Universitario La Paz, una vez *analizada* la tecnología de Sistemas de Radioterapia guiados por Resonancia Magnética disponible en el mercado actualmente (ViewRay-Mridian y Elekta-Unity)”. La primera es la de la recurrente.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso, que es Administradora única de la empresa.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP este contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación por razón de su cuantía.

Cuarto.- Alega la recurrente que presentó su equipo tanto en el Sermas como en el propio Hospital: *“La empresa que represento ha presentado este sistema en la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, a doña C.G. el viernes 30 de junio a las 11 am en el Despacho de Coordinación de la Oficina Regional de Coordinación Oncológica, Edificio Sollube 3ª planta. Plaza de Carlos Trías Bertrán, 7. 28020-Madrid.*

Y también lo ha presentado y puesto en conocimiento directamente en el Hospital La Paz, tanto al servicio de Radioterapia y Radiofísica, en varias ocasiones, de las cabe señalar una presentación en la que asistió el presidente de ViewRay, don J.D., el 20 de febrero de 2018 a las 14 h en la Sala de Juntas del Hospital (planta B del Hospital General). Como también al director de Gestión, don J.P.B. y a la subdirectora doña A.P.C. Se adjuntan documentos que prueban estos hechos”.

Afirma que “dispone de un sistema de acelerador guiado por resonancia con bajo campo magnético de 0,3 Tesla expresamente para optimizar los beneficios de la técnica ya que la distorsión del haz de radiación y sus efectos negativos sobre el paciente, son notablemente inferiores que con un campo de 1,5 Tesla.

En lo que respecta a la calidad de imagen se consiguen en ambos casos calidades de imagen más que suficientes para permitir el propósito que persiguen, que no es otro que el guiado por imagen de Resonancia magnética de los volúmenes a irradiar y de las zonas críticas a proteger”.

Agrega, en consonancia con lo expuesto, que no concurre la circunstancia del artículo 168 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad, y que debió ser invitada a la licitación. Solicita la anulación del Pliego y todas las actuaciones.

Por el contrario el órgano de contratación en la contestación al recurso afirma que “valoradas las prestaciones de ambos equipos, ha optado por disponer de un sistema de radioterapia guiado por Resonancia Magnética de ALTO CAMPO, al ser el ÚNICO que se ajusta a las necesidades requeridas para prestar una asistencia de excelencia y puntera, por lo que, dado que es un equipo del que solo dispone una

casa comercial, se opta por la licitación de un Procedimiento Negociado por Exclusividad, tal y como se indica en el artículo 168 de la Ley 9/2017”.

Alega muy extensamente sobre la necesidad de un equipo con resonancia magnética de alto campo superior a 1,5 Teslas:

“El Hospital Universitario La Paz y los profesionales relacionados con la especialidad sanitaria del objeto del contrato han considerado, como imprescindible para prestar la asistencia sanitaria de mayor calidad, como función propia que tienen encomendada, que el equipamiento a adquirir disponga de una Resonancia Magnética (RM) de ALTO CAMPO, 1.5 T integrada, que solo está disponible en el mercado por un ÚNICO suministrador, por las razones que se exponen a continuación y los anexos que se adjuntan:

*1. El disponer de un equipo con una RM de alto campo, es la única opción para poder obtener imágenes de alta calidad, con menos ruido y más señal, fundamental en la discriminación de estructuras. La relación señal ruido (SNR) y la homogeneidad de campo, son indicadores del funcionamiento global de un sistema de Resonancia Magnética para el diagnóstico médico. La diferencia de la relación señal/ruido entre un equipo de bajo campo y uno de alto campo es del orden de 4. La homogeneidad de campo a 45 cm DSV es **≤1,2 ppm** para el equipo de 1,5 T y **<25 ppm** para el equipo de 0,35 T, lo que se traduce en que el equipo de bajo campo proporciona imágenes menos precisas y de menor calidad. Este valor cobra especial importancia cuanto mayor sea la distancia entre el imán y el paciente a estudiar (como es este caso, en que la apertura del gantry es de 70 cm). Las resonancias de bajo campo suelen utilizarse con imanes abiertos y/o dedicados, donde la distancia entre paciente e imán es menor y sólo en ese caso y para determinados estudios (p.e. musculoesquelético, extremidades,...) permite obtener imágenes de calidad.*

2. El fin principal de la tecnología a adquirir es el tratamiento de tumores con la mayor exactitud y precisión posible, minimizando la dosis recibida por los tejidos sanos circundantes. Para poder abordar, del modo más óptimo posible, la incertidumbre en la posición, forma y movimiento del tumor es necesaria una alta calidad de imagen, así como imágenes de alta velocidad en tiempo real para mejorar

la visualización del objetivo y el órgano en riesgo, que con un equipo de bajo campo no sería posible realizar. Con ello se conseguirá una reducción de los márgenes dados al tumor, irradiando menos tejido sano, con la consecuente reducción de toxicidad.

3. Sólo un equipo de alto campo permite obtener imágenes anatómicas e imágenes funcionales. La imagen de RM funcional, permite obtener información de aspectos específicos sobre la actividad celular dentro de un tumor (densidad, oxigenación, perfusión, flujo sanguíneo,...), pudiendo detectar si está respondiendo a la terapia en las fases de tratamiento más tempranas. La respuesta o falta de la misma a un tratamiento, permite a los profesionales modificar y ajustar el tratamiento según la respuesta del tumor, posibilitando, de esta manera, la individualización del tratamiento radioterápico (subvolúmenes radorresistentes, enfermedad recurrente después de radioterapia, personalización de volúmenes y dosis de radiación amoldadas a las características biológicas del tumor), al permitir una posible distribución de dosis ajustada a la respuesta del tumor. Las siguientes referencias bibliográficas (que se adjuntan como anexos), avalan lo indicado en este párrafo:

a. ANEXO I: “Emerging Magnetic Resonance Imaging Technologies for Radiation Therapy Planning and Response Assessment”, International Journal of Radiation Oncology Biology-Physics, pags. 1046 a 1052.

b. ANEXO II: “Current State of Image Guidance in Radiation Oncology: Implications for PTV Margin Expansion and Adaptive Therapy”, Seminars in Radiation Oncology 28, pags. 240 y 241.

c. ANEXO III: “Clinical Applications for Diffusion Magnetic Resonance Imaging in Radiotherapy”, Seminars in Radiation Oncology 24 - 2014, pags. 218-224.

4. Otro factor importante a considerar es el tiempo de adquisición: El tiempo de adquisición de un equipo de alto campo es 16 veces más rápido que en un equipo de bajo campo, lo que permite capturar un rango más amplio de movimientos, permitiendo que el tratamiento se adapte a ellos. Funcionalidad no disponible con un equipo de bajo campo.

5. Además, para poder garantizar la continuidad de flujo de trabajo del tratamiento, es necesario que el equipo a adquirir disponga de un imán de alto campo, de similares prestaciones a los sistemas de RM diagnósticos utilizados antes

(simulación y planificación) y después del tratamiento (evaluación de la respuesta del tumor). En la actualidad, las evidencias científicas existentes, aconsejan que en el flujo de trabajo de la radioterapia guiada por imagen de resonancia (RMlgRT), la RM dedicada a simulación no tenga un campo inferior a 1,5T. Adquirir para tratamiento una unidad con RM de campo inferior a 1,5T, dificulta la congruencia del flujo de trabajo, disminuyendo la alta definición de contraste de partes blandas, imprescindible para definir volúmenes de tratamiento con los menores márgenes posibles para poder facilitar la escalada de dosis en los tumores sin comprometer los efectos secundarios en los órganos de riesgo cercanos al tumor. La siguiente referencia bibliográfica (que se adjunta como anexo), avala lo indicado en este párrafo:

a. ANEXO IV: “Magnetic Resonance Imaging Acquisition Techniques for Radiotherapy Planning”, Seminars in Radiation Oncology, 24 (2014), pags. 160-167.

6. La realización de radioterapia adaptativa (ART) “online” permitirá tomar decisiones en directo, durante la sesión de tratamiento, para amoldar la dosis a todos los cambios encontrados ese día, no sólo en lo referente a la posición y cambios anatómicos del paciente, sino también en las modificaciones de tamaño, forma, posición y características biológicas del tumor. Para ello es obligado disponer de la mejor calidad de imagen disponible en la actualidad, esto es RM de 1,5T. Las siguientes referencias bibliográficas (que se adjuntan como anexo), avalan lo indicado en este párrafo:

a. ANEXO V: “Adaptative Radiotherapy Enabled by MRI Guidance” , Clinical Oncology 30 (2018), pags 711-716.

b. ANEXO VI: “Magnetic Resonance Imaging for Target Delineation and Daily Treatment Modification”, Seminars in Radiation Oncology, 28 (2018), pags 178-182”.

Quinto.- El artículo 168.2 de la LCSP permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad:

“2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no

exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

Conviene fijarse en la nueva redacción del precepto frente a su precedente. La redacción del artículo 170.d) del TRLCSP era mucho más escueta, restrictiva o no explicativa. Permitía acudir al procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad “d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”.

Aquí lo determinante es que por razones técnicas solamente puede encomendarse el contrato a un empresario determinado, lo que exige una exégesis de lo que se entiende por “razones técnicas” y necesariamente bascula la interpretación al otro término de la ecuación: que exista un único empresario.

Y ya de antiguo se cifra la exclusividad en la existencia de un único producto que cubra las necesidades requeridas, de ahí que la doctrina venga haciendo recaer la carga de la prueba sobre la Administración convocante.

Siguiendo el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en sentencias como la de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia, C-385/02, la aplicación del procedimiento negociado por exclusividad debe interpretarse de manera estricta, recayendo la carga de la prueba al poder adjudicador. Así, la referida sentencia establece que: “El artículo 7, apartado 3, letra b), de la Directiva (...) autoriza el recurso al procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, para las obras cuya ejecución, por razones técnicas, sólo puede encomendarse a un empresario determinado. Las disposiciones del artículo 7,

apartado 3, de la Directiva que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser CONSULTA 12/2015 5 / 6 objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). De ello se desprende que las autoridades italianas deben probar que existían razones técnicas que hacían necesaria la adjudicación de los contratos públicos controvertidos al empresario encargado del contrato inicial”.

En la actual redacción, más explicativa y acorde a la Directiva 2014/24/UE (artículo 32), el “quid” de la exclusividad bascula a la inexistencia de productos que compitan por razones técnicas, y que no existan alternativas o sustitutos razonables, y sobre la misma giran las siguientes consideraciones.

La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 217 en cuanto a la carga de la prueba, señala que:

“2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”.

En base a la normativa y doctrina consignada cabe hacer las siguientes consideraciones.

El artículo 28.1 de la LCSP encomienda a las entidades adjudicatarias la determinación de las necesidades que quieren cubrir con el contrato:

“1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

El recurrente no ha sido ajeno al objeto de este procedimiento. El mismo afirma que se reunió con la Oficina de Coordinación Oncológica del Sermas y, en varias ocasiones, con el Servicio de Radioterapia y Radiofísica del Hospital de La Paz, asistiendo el Presidente de ViewRay, presentando su producto a los directivos del centro.

Ello implica que, aunque informalmente o no dentro del curso de un procedimiento, su alternativa ha sido valorada por la Administración y finalmente desechada frente a la vencedora, no es materia de la que tenga conocimiento de forma posterior. Y lo reconoce el propio órgano de contratación, cuando afirma que valoradas las prestaciones de ambos equipos se optó por uno de resonancia magnética de alta campo.

En segundo lugar, la citada respuesta alega prestaciones concretas que son exclusivas de la resonancia de alto campo, citando bibliografía para corroborarlo. Y estas prestaciones llegan a configurar los dos equipos de resonancia magnética, de alto y bajo campo, como dos equipos distintos, más que dos equipos con prestaciones diferentes. Y que son reproducción o ampliación de la autorización solicitada a la Dirección General de Gestión Económico-Financiera y de Infraestructuras del Sermas y valoradas positivamente por el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad, de fecha 1 de agosto de 2018:

“El Hospital Universitario La Paz necesita la contratación de un Sistema de Radioterapia Guiado por Resonancia Magnética de Alto Campo, mediante el equipo MR LINAC UNITY.

El equipo MR LINAC UNITY, está comercializado por la mercantil ELEKTA MEDICAL, S.A.U., siendo el exclusivo distribuidor autorizado para la comercialización, instalación, actualizaciones o mantenimiento, del Acelerador Lineal Elekta MR-Linac (UNITY).

Este equipo dispone de las siguientes técnicas exclusivas:

- Resonancia Magnética (RM) de alto campo, 1.5 T integrada con un sistema de Radioterapia, que supone la única opción para poder obtener imágenes de alta calidad, capturar un rango más amplio de movimientos y garantizar la continuidad de flujo de trabajo.*
- Imagen funcional durante el procedimiento radioterápico, con la potencialidad de optimizar la estrategia terapéutica a realizar, de modo individual para cada paciente, permitiendo obtener imágenes anatómicas e imágenes funcionales.*
- Captura de imágenes de forma simultánea con el giro del gantry, que hace posible un seguimiento con exactitud en tiempo real del volumen tumoral a tratar.*
- Toma de imágenes en los tres ejes, únicamente con esta función se puede incrementar la exactitud de la localización y confirmación exacta del volumen a tratar.*
- Colimador multiláminas.*

En la valoración del importe de licitación del presente contrato, se ha tenido en cuenta las tarifas del proveedor ya que dispone del equipo en exclusividad.

El importe está dentro de los costes del mercado para los equipos de esta naturaleza.

Por lo expuesto y con el fin de dar cobertura a este servicio, se solicita autorización para proceder a la adjudicación del contrato mediante Procedimiento Negociado sin Publicidad, previsto en el artículo 168 a) 2º de la LCSP, que prevé la adjudicación mediante procedimiento negociado cuando por razones técnicas y por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un único empresario”.

Por otro lado, el recurrente no aporta documentación o prueba alguna de que las prestaciones de su equipo sean equivalentes, simplemente lo afirma. Es decir, que sea una alternativa razonable.

Aunque no es posible traducir toda la documentación citada y anexada por el órgano de contratación que acreditaría la exclusividad de las características técnicas de los equipos de resonancia magnética alto campo, cabe traer a colación las tres aportadas como últimos anexos por el mismo, que de este modo prueban sus afirmaciones:

Se adjunta documentación relevante, en la que se indica que no se recomienda el uso de campos inferiores a 1,5 T en diagnósticos de patologías tumorales:

- ANEXO VII: Recomendaciones de la Sociedad Europea de Radiología Gastrointestinal y Abdominal (ESGAR) del uso de la RM para el diagnóstico clínico del cáncer rectal. Este documento realizado con el consenso de 14 expertos en imagen abdominal establece una serie de recomendaciones sobre el equipo de RM adecuado para la detección del cáncer rectal. En la página 5 del documento adjunto, Tabla 2, se especifica que el equipo adecuado debería tener un campo mínimo de 1,5 T.

- ANEXO VIII: Técnicas de imagen para la evaluación del cáncer cervix. En este estudio realizado por especialistas de diferentes especialidades (Obstetricia y Ginecología, Radiología, Medicina Nuclear), además de indicar como un medio de diagnóstico óptimo la RM del cáncer de cervix, también destacan en la página 750 del documento que se deben utilizar equipos de alto campo.

- ANEXO IX: Diagnóstico por imagen del cáncer pancreático, artículo publicado en el Word Journal of Gastroenterology, donde en la página 5 del documento se presenta unos requisitos técnicos mínimos que debe tener el equipo

de RM para la imagen prostática, y entre ellos destaca el que tiene que ser de al menos 1,5 T, y añade que imanes de bajo campo no son adecuados.

Estos documentos están en inglés, pero cabe traducirlos por la indicación de página por el órgano de contratación.

En los mismos, consultados por este Tribunal, se afirma lo siguiente, a lo que aquí interesa:

“Recomendaciones para el hardware de adquisición de imagen: MRI se debe realizar con una bobina de superficie externa en un sistema de MRI 1.5 T o 3.0.T”.

En el segundo, se dice: *“Aspectos técnicos, proyección de imagen de resonancia magnética del carcinoma cervical debe llevarse a cabo en imanes de campo alto (1.5 Tesla o más)”.*

Y en el tercero, efectivamente figura una tabla con las especificaciones técnicas donde figura un mínimo de 1,5 teslas (el tesla es la unidad de medida radiomagnética).

Finalmente el adjudicatario alega por extenso y aporta pruebas de sus características exclusivas. En esencia, viene a señalar que son dos equipos o productos diferentes:

“Elekta Unity es un equipo innovador que facilita una tecnología nueva consistente en la introducción de una resonancia de alto campo magnético en el acelerador lineal, lo cual permite a los médicos la visualización del tejido cancerígeno de manera simultánea al tratamiento de radioterapia, algo que la tecnología de los equipos comercializados en el mercado, incluyendo los equipos distribuidos por BIOTERRA no pueden ofrecer. Las posibilidades de una resonancia de alto campo como el producto ofrecido por ELEKTA hace que el mismo no sea equiparable a un equipo de prestaciones con resonancia de bajo campo (como los ofrecidos por otros agentes en el mercado y el que ofrece actualmente BIOTERRA).

En concreto, según hemos indicado, la resonancia de campo magnético de los aceleradores lineales distribuidos por BIOTERRA es de 0,3 teslas, frente a los 1,5 teslas del acelerador lineal de ELEKTA, Elekta Unity, lo cual se traduce en que, la visualización de los tejidos cancerígenos a través del Elekta Unity es preciso y definido gracias a los 1,5 teslas. Es por ello que los ingenieros médicos de todo el mundo se están refiriendo al Elekta Unity como un equipo para el tratamiento del cáncer personalizado (pues permite ver de manera simultánea el tejido cancerígeno y, en función de la evolución del mismo, adaptar la radiación, focalizándola únicamente en el tumor y dejando a salvo otros tejidos sanos, algo que, hasta la fecha, no era posible hacer con otros equipos aceleradores lineales incluyendo el acelerador lineal de BIOTERRA).

La tecnología de la resonancia de campo magnético de los aceleradores lineales de ELEKTA y BIOTERRA es, por tanto, completamente diferente y, en consecuencia, los equipos –aceleradores lineales- de una y otra, no son comparables puesto que una ofrece funcionalidades que otra no puede ofrecer. De hecho la resonancia de bajo campo y en particular de 0,3 teslas, no permite (i) ni ver el tumor de manera simultánea a la emisión de la radiación; (ii) ni, en consecuencia, adaptar la radiación a la evolución del tejido cancerígeno. Es por ello que esta tecnología ya no se fabrica ni se usa para visualizar tejidos en ningún país desarrollado, desde hace un número importante de años, lo cual puede ser verificado visitando cualquiera de las páginas web de los diferentes fabricantes de Resonancias, como puede ser Philips, General Electric, Siemens, etc.

Así pues, la innovación y exclusividad ofrecida por el equipo de ELEKTA “Elekta Unity” viene dada por la posibilidad de trabajar con resonancias magnéticas de más de 1 tesla lo que hasta la fecha, no se había desarrollado por ningún equipo puesto que no existía ningún equipo capaz de ofrecer resonancia magnética superior a 1 tesla. De hecho, la innovación a la que hace referencia la noticia de La Vanguardia antes transcrita, se refiere, precisamente, a esta posibilidad del Elekta Unity de ofrecer una resonancia magnética de 1,5 teslas (tal y como recogía la noticia “Acerca de Elekta Unity, emplea un MRI de calidad diagnóstica de campo alto Premium (1,5 Tesla) que proporciona una claridad de imagen sin precedentes”).

Precisamente por la exclusividad y novedad tecnológica que incorpora el producto de ELEKTA, desde el momento en que el mismo ha obtenido el marcado CE) está siendo adquirido por los centros más prestigiosos del mundo dedicados al tratamiento de pacientes con cáncer.”

Así, la doctrina relativa a la aplicación de esta tipología de procedimientos, así como la propia Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su Considerando 50, exponen que, entre las razones que pueden motivar la elección de este tipo de procedimiento de contratación se pueden encontrar las siguientes:

“Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que sólo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse”.

En el presente caso, nos encontramos que los aceleradores lineales del mercado incluyendo el acelerador lineal de ViewRay distribuido por BIOTERRA no pueden alcanzar los resultados solicitados por el órgano de contratación desde un punto de vista técnico. En concreto, nos estamos refiriendo al sistema *“que permita la obtención de imagen anatómica y funcional durante el procedimiento del tratamiento radioterápico en tiempo real”*, algo que, como hemos desarrollado con anterioridad, no puede ofertar el sistema de ViewRay de BIOTERRA ni ningún otro acelerador del mercado.

De la misma manera, el equipo Elekta Unity utiliza medios específicos que solo están a disposición de ELEKTA. En concreto, el sistema de radiación guiado con imagen de resonancia de 1.5 teslas el cual es novedoso y único a nivel mundial y únicamente titularidad de ELEKTA.

Es importante resaltar que estas características reseñadas por ELEKTA, capacidad de resolución y simultaneidad del visionado a la radiación, son las mismas destacadas por la contestación del órgano de contratación y la solicitud de autorización de acudir al pronunciamiento negociado.

Expuesto todo lo que antecede cabe afirmar que se trata de dos tipos de equipos diferentes, la diferenciación de cuyas prestaciones hace de los mismos suministros distintos, siendo exclusivo el de Elekta. La resonancia de alto campo magnético y la de bajo campo son equipos diferentes, más que equipos con prestaciones distintas.

Y las razones técnicas de exclusividad y la no existencia de alternativa equiparable quedan demostradas con la documentación aportada.

Por la misma razón, no cabe invitar a tres licitadores.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.O.S., en nombre y representación del Biología y Técnica de la Radiación, S.L., contra los pliegos y los documentos contractuales que establecen el procedimiento de contratación, en relación al Procedimiento Negociado Sin Publicidad “Suministro de un Sistema de radioterapia guiado por Resonancia Magnética de alto campo” P.N.S.P. 6/2018 Bis, para el Hospital Universitario La Paz.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada en 9 de agosto de 2019.

Tercero.- 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 del LCSP.

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 59 de la LCSP.