

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

En Madrid, a 15 de febrero de 2024.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa CURIUM PHARMA SPAIN, S.A. (“CURIUM”) contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas del contrato de suministro de radiofármacos con destino al Hospital Universitario Fundación Alcorcón (Exp.: SARASUM 009/24), este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - El día 8 de enero de 2024, se envía el anuncio de licitación al DOUE, que es publicado en fecha 12 de enero de 2024, la misma fecha en la que simultáneamente se publica el anuncio en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y se pone a disposición de los licitadores la documentación necesaria para participar en el expediente. El anuncio también se publica en el BOCM n.º 14 de 27 de enero del 2024.

Detectado un error en el PCAP, es publicada la corrección de errores el 17 de enero del 2024 en el perfil del contratante, y al entender que es una modificación

significativa de los términos del contrato se decide ampliar el plazo de presentación de ofertas al 12 de febrero de 2024 a las 23:59:59 h.

El valor estimado asciende a 5.479.344,00 euros.

**Segundo.** - En fecha 6 de febrero de 2024, se presenta el recurso especial en materia de contratación, en el que se solicita “...anular el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en lo que se refiere al establecimiento de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas y, concretamente, de los criterios de “Asesoramiento técnico”, “Segunda opinión clínica” y “Cuantificación de imágenes” por las razones que se desarrollan en los Fundamento Jurídico-Materiales del presente recurso ...”.

Estos criterios automáticos de adjudicación son:

CRITERIO	PUNTUACIÓN MÁXIMA
Porcentaje de material reciclado en el embalaje exterior de almacenamiento y transporte	5
CUANTIFICACIÓN DE IMÁGENES: Se valorará la aportación de programa informático que permita la evaluación visual y la cuantificación de imágenes de 123I-Ioflupano para el diagnóstico y seguimiento de la enfermedad de Parkinson	5 RECURRIDO
ASESORAMIENTO TÉCNICO: Se valorará que el licitador ponga a disposición del Servicio de Medicina Nuclear asesoramiento técnico cualificado durante la ejecución del contrato	5 RECURRIDO
DÍAS DE ENTREGA: Se valorará el mayor número de días de entrega semanales	5
SEGUNDA OPINIÓN CLÍNICA: La puesta a disposición del contrato de un servicio de segunda opinión clínica para el apoyo a la lectura	5 RECURRIDO

e interpretación de estudios de 123I-loflupano que se consideren dudosos. El soporte en dicho servicio debe ser cubierto por experto(s) en neuroimagen con reconocimiento internacional, y debe incluir la valoración visual y cuantitativa de la imagen, así como la valoración técnica de la adquisición	
Se valorará la puesta a disposición de una herramienta de seguimiento del suministro de 123I loflupano que permita conocer el estado del pedido en tiempo real, así como la hora estimada de entrega.	5

**Tercero.** – El 9 de febrero de 2024, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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).

### **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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.** - El recurso ha sido interpuesto por persona posible eventual licitadora por su objeto social, pero que desconocemos si la presenta por la ampliación del plazo para presentar proposiciones, aunque afirma hacerlo.

Este Tribunal tiene acordado como criterio interpretativo de la legitimación del recurrente no licitador el análisis exclusivamente del perjuicio que le causen las cláusulas de los pliegos de condiciones al recurrente, sin atender a la presentación o no de proposición.

Dicho criterio se basa fundamentalmente en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI: EU:C:2018:958) que se enmarca en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, sobre el procedimiento de recurso en contratación pública, que señala *que “Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.”*

La propia jurisprudencia citada del TJUE entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le impiden dicha presentación incluyendo no solo las condiciones de solvencia de la empresa o aptitudes para contratar, sino también aquellas cláusulas que le impidan presentar una oferta viable y justificada.

El perjuicio es posible en este caso si se atiende a que las cláusulas de los Pliegos impugnadas probablemente le perjudiquen, no alcanzando la puntuación que le diera opción a la adjudicación.

Por todo ello consideramos que en este concreto caso el recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP está legitimado para la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el PPT, al considerar que sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso y que le han podido impedir la presentación de oferta.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.** - El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de suministros, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2. a) de la LCSP.

**Cuarto.** - El recurso especial es temporáneo, habiéndose ampliado el plazo por la rectificación de errores publicada el 17 de enero y presentado el recurso el 6 de febrero, dentro de los quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

**Quinto.** - El recurrente alega, en primer término, que al suministro de radiofármacos se hayan añadido inadecuadamente prestaciones propias de un contrato de servicios. Por ello, los criterios evaluables del Lote 14 “Asesoramiento técnico” y “Segunda opinión clínica” no son conformes a derecho, siendo servicios no previstos en la definición de las necesidades a satisfacer.

Tampoco se cumplen las condiciones propias de un contrato mixto para fusionar prestaciones diferentes: *“Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”* (Artículo 34.2 LCSP).

No existe esa unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad por cuanto la única necesidad que obra en el expediente que pretende satisfacerse y que, por tanto, motiva la celebración del contrato es, de conformidad con la Memoria de Necesidad, la “necesidad de adquisición del suministro objeto del contrato”.

Se afirma también que los criterios “Asesoramiento técnico”, “Segunda opinión clínica” y “Cuantificación de imágenes” vulneran el art. 145 LCSP al no estar (...) *vinculados al objeto del contrato. Como señala el artículo 145.5.c) LCSP, se debe “garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin*

*de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación (...)* y, para ello, los criterios de adjudicación, tal y como impone el art. 145.5.a) LCSP, *“estarán vinculados al objeto del contrato”*, entendiéndose que existe tal vinculación *“cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida”* (art. 145.6).

También se alega que los criterios evaluables del Lote 14 relativos a “Asesoramiento técnico”, “Segunda opinión clínica” y “Cuantificación de imágenes” contravienen el art. 145 LCSP al configurarse materialmente como mejoras sin ajustarse al régimen jurídico de las mismas previsto en dicho precepto. No solo no se ajustan al concepto de mejora, sino que se les atribuye una puntuación que excede del 2,5% del artículo 145.7 de la LCSP.

También se afirma que los criterios evaluables del Lote 14 relativos a “Asesoramiento técnico”, “Segunda opinión clínica” y “Cuantificación de imágenes” resultan contrarios a los principios pro concurrencia e igualdad entre licitadores estableciendo barreras de entrada que impiden una participación real a licitadores cuya actividad consista precisamente en la que constituye el objeto del contrato, que es el suministro de radiofármacos.

El criterio relativo a “Segunda opinión clínica” resulta ilegal por cuanto contraviene la normativa sanitaria al establecer la prestación de un servicio sanitario sin previamente haberse validado que el prestador se adecúa a la normativa de aplicación; y utiliza una figura, el contrato de suministros, que resulta inidónea para prestar la gestión de un servicio público.

En el contrato que aquí nos ocupa se pretende externalizar la prestación de un servicio médico (el servicio de análisis de lectura e interpretación de estudios de 123I-Ioflupano) sin someterse el mismo a control de ningún tipo.

Contesta el órgano el órgano de contratación que el licitador ha participado y ha sido adjudicatario en procedimientos similares, lo que acredita con los enlaces correspondientes.

A juicio de este Tribunal la prohibición de ir contra los propios actos, basada en el ejercicio de los derechos conforme a la buena fe (artículo 7 Código civil) no enerva en el caso la posibilidad de impugnar los pliegos, siendo una manifestación de voluntad previa a considerar sobre la seriedad de sus alegaciones.

Seguidamente expone la necesidad de los diversos criterios de adjudicación impugnados, que todos los criterios de adjudicación implican un servicio, que constituye una unidad funcional con el suministro de los radiofármacos y que el actual adjudicatario los está prestando sin problemas, confirmando que *“esta incorporación de prestaciones diferentes al mero suministro es absolutamente habitual en el contrato de “suministros”, y sirve para complementar la entrega del bien con elementos de “valor añadido” que incrementan la calidad de la atención sanitaria que reciben nuestros pacientes, razón de ser del Hospital, con un coste poco significativo en el precio del producto”*.

Y remite a la memoria técnica, en la cual sobre los criterios de adjudicación controvertidos se afirma lo siguiente:

*“...Y para el lote 14 y como criterios de valoración extra se evaluarán los siguientes criterios y por el siguiente peso: Cuantificación de imágenes (5,00 puntos), asesoramiento técnico (5,00 puntos), días de entrega (5,00 puntos), segunda opinión clínica (5,0 puntos) y puesta a disposición de suministro de 123I.Ioflupano (5,00 puntos) ...”*

A tenor del artículo 116.4 de la LCSP:

*“...Artículo 116. Expediente de contratación: iniciación y contenido.*

*4. En el expediente se justificará adecuadamente:*

*c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo...*

Y en el 145.1 de la misma:

*“...Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.*

*1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.*

*Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148...”.*

Por otro lado, en el PCAP hay una descripción, pero ninguna justificación de los criterios.

Esta falta de justificación de los criterios de adjudicación genera indefensión a los eventuales licitadores y es más trascendente en relación a su peso sobre la adjudicación, como prueba el propio recurso cuyas alegaciones no impugnan como debieran las razones del órgano de contratación para incluir estos criterios de adjudicación, y, por otro, el informe del mismo órgano de contratación con alegaciones desconectadas del propio expediente administrativo, y que remiten al interés del Hospital en estas prestaciones de servicios diferentes al mero suministro .

Efectivamente, el objeto del contrato es *“la adquisición de radiofármacos para el diagnóstico y tratamiento de pacientes por el Servicio de Medicina Nuclear del Hospital Universitario”*. Y en el expediente no se justifica la utilidad de los criterios de

adjudicación controvertidos para ese objeto y que constituyan una unidad funcional con los mismos.

Por todo lo cual, proceda la anulación de los Pliegos y la licitación.

**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 CURIUM PHARMA SPAIN, S.A. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas del contrato de Suministro de radiofármacos con destino al Hospital Universitario Fundación Alcorcón (Exp.: SARASUM 009/24), anulando la licitación por falta de justificación de los criterios de adjudicación.

**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 multa prevista en el artículo 58 de la 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 59 de la LCSP.