



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 578/2024 C.A. Región de Murcia 35/2024

Resolución nº 785/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 20 de junio de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.R.S., en nombre y representación de SIRTEX MEDICAL ESPAÑA, S.L., contra el desistimiento del procedimiento para contratar el lote nº 1 correspondiente al *“Suministro de microesferas con Ytrio 90 y microesferas con Holmio 166 para radioembolización hepática realizada en el servicio de medicina nuclear del Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca”*, expediente CS/9999/1101119694/23/PA, convocado por la Gerencia del Servicio Murciano de Salud; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución de 24 de enero de 2024 del Servicio Murciano de Salud se aprobó -entre otra documentación- el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) para la contratación del *“Suministro de microesferas con Ytrio 90 y microesferas con Holmio 166 para radioembolización hepática realizada en el servicio de medicina nuclear del Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca”*, cuyo objeto está dividido en dos lotes (cláusula 1.1) y su valor estimado asciende a 3.261.440 euros, teniendo por objeto el lote 1 *“microesferas con Ytrio 90 para radioembolización hepática realizada en el servicio de medicina nuclear del Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca”*.

En el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) aprobado el 25 de octubre de 2023 no se precisaba más el objeto que de este lote 1 que reiterando que su objeto era, apartado 2.2.1, *“Microesferas con Ytrio 90 para Radioembolización Hepática en el Servicio de Medicina Nuclear del HCUVA”*, junto a que: *“(t)odos los materiales objeto de la presente*



contratación, deberán cumplir con las condiciones exigidas por el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, así como el resto de legislación vigente en materia de seguridad y salud" (apartado 2.1.4).

Segundo. La licitación fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el 31 de enero de 2024 y, el 26 de enero de 2024, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Tercero. Reunida el 1 de marzo de 2024, la mesa de contratación se abrieron las mesas de los licitadores que habían presentado oferta al lote 1: SIRTEX MEDICAL ESPAÑA, S.L. y BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A. que fueron admitidos.

Cuarto. Mediante informe del jefe del Servicio de Medida Nuclear del Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca se propone el desistimiento del contrato, por considerar que no precisando el PPT que las microesferas de Y90 (lote 1) sean de vidrio y no de otro tipo, el Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca podría ser excluido del Grupo Cooperativo RETA Spain:

"No obstante, en el PPT no se ha especificado la necesidad de que las microesferas de Y90 (lote 1) sean de vidrio y no de otro tipo, y una de las empresas licitadoras ha propuesto el suministro de microesferas de Y90 de resina, incompatibles con el desarrollo del proyecto del Grupo Cooperativo RETA Spain (CretaS), RED CRETAS, lo que supondría, si no podemos continuar con la utilización de partículas de vidrio cargadas con Y90, ser excluidos automáticamente, según sus estatutos, y no estaríamos en disposición de formar parte de este Grupo Nacional que tiene el objetivo de consolidar la radioterapia transarterial selectiva o radioembolización, como una alternativa para el tratamiento de pacientes que padecen cáncer hepático o metástasis hepáticas de otro tumor, no pudiendo asegurar las máximas garantías en una prestación sanitaria necesaria y de calidad".

A resultas de lo anterior, el Director Gerente del área de Salud 1 propuso el 3 de abril de 2024 desistir del lote 1 del indicado contrato, lo que así fue acordado por la Gerencia del Servicio Murciano de Salud mediante resolución de 12 de abril de 2024. Resolución que fue comunicada a SIRTEX MEDICAL ESPAÑA, S.L el 15 de abril siguiente, siendo asimismo insertado el correspondiente anuncio -en la PCSP- ese mismo día.



Quinto. Contra la resolución indicada en el ordinal anterior SIRTEX MEDICAL ESPAÑA, S.L. interpuso el presente recurso mediante escrito presentado en el Registro electrónico de la Administración General del Estado el día 7 de mayo de 2024.

Sexto. Del recurso se dio traslado al órgano de contratación, que presentó informe interesando su desestimación del recurso.

Igualmente se dio traslado al resto de licitadores para que alegaran lo que a su derecho conviniera, trámite del que hizo uso BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A. para interesar la desestimación del recurso.

Séptimo. Mediante resolución de 16 de mayo de 2024 este Tribunal denegó la suspensión del procedimiento de contratación conforme a los artículos 49 y 56 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21 de noviembre de 2020).

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recuso especial conforme al artículo 44.1.a) de la LCSP al tratarse de un contrato de servicios con un valor superior a 100.000 euros licitado por un poder adjudicador como es el Servicio Murciano de Salud.

Es objeto de recurso es el acuerdo de desistimiento del procedimiento, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.b) LCSP por tener la consideración de acto de trámite cualificado, según tiene sentado este Tribunal en Resoluciones como la 254/2019, de 15 de marzo, o la nº 324/2023, de 16 de marzo, más reciente.



Tercero. Notificada la exclusión el 15 de abril de 2024 y presentado el recurso el 7 de mayo de 2024 se concluye que el presente recurso especial ha sido interpuesto en tiempo y forma.

Cuarto. La recurrente SIRTEX MEDICAL ESPAÑA, S.L. está legitimada para impugnar el desistimiento de una licitación en la que había sido admitida y propuesta para la adjudicación.

Quinto. La mercantil actora se opone a la decisión del Servicio Murciano de Salud de desistir de la licitación del lote 1 del *“suministro de microesferas con Ytrio 90 y microesferas con Holmio 166 para radioembolización hepática realizada en el servicio de medicina nuclear del Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca”* por considerar que no concurren los presupuestos del artículo 152.2 de la LCSP.

Alegato al que el Servicio Murciano de Salud replica en su informe, sobre la base de lo dictaminado por sus servicios técnicos, que la omisión en los pliegos de la exigencia de que las microesferas de Y90 (lote 1) sean necesariamente de vidrio y no de otro tipo compromete la participación del Hospital Virgen de la Arrixaca en el proyecto del Grupo Cooperativo RETA Spain (CretaS), RED CRETAS.

En análogo sentido se pronuncia BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A. (en lo sucesivo BOSTON).

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, la cuestión controvertida no es otra que determinar si el desistimiento acordado por el órgano de contratación resulta -o no- ajustado a Derecho, por concurrir error subsanable o insubsanable en los términos exigidos por el artículo 152 de la LCSP.

Dicho precepto dispone que:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando



también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación (...).

En aplicación de este precepto este Tribunal ha razonado en Resoluciones como la 254/2019, de 15 de marzo (reiterada en la nº 1147/2022, de 29 de septiembre, o en la nº 547/2024, de 26 de abril), que el desistimiento, a diferencia de la renuncia, es un acto reglado y no discrecional y, por lo tanto, subordinado a la concurrencia de causas de legalidad y no de oportunidad. Causas de legalidad que son una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación:

“El precepto recoge dos instituciones distintas, la renuncia y el desistimiento, como hemos manifestado en reiteradas ocasiones por este Tribunal. La renuncia, a diferencia del desistimiento, supone un cambio en la voluntad de la Administración de contratar la prestación, por razones de interés público y, por ello, es un acto de contenido discrecional. Ha de ser acordado -al igual que el desistimiento- antes de la adjudicación del contrato,



para evitar lesionar derechos y no meras expectativas, y precisamente por su carácter discrecional el artículo 152.3 de la LCSP introduce como cautela, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, la prohibición al órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato, en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia. Por el contrario, el desistimiento tiene un contenido por completo diferente, a diferencia de la renuncia no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto. En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que “se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes.

Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurran los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”.

Trasladada esta doctrina al presente caso, se comprueba que el órgano de contratación no fundamenta su decisión de desistir del lote 1 en infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de contratación, sino en una deficiencia en la redacción del PPT, en el que -obviando que el órgano de contratación, a través de la Fundación para la Formación e Investigación Sanitarias de la Región de Murcia, pertenece al Grupo Cooperativo RETA Spain (CretaS), así como a la RED CRETAS desde abril de 2022- no se exige que las microesferas de Y90 sean obligatoriamente de vidrio, cuando su Acuerdo Marco regulador establece como requisitos para participar los siguientes:

“(…)

-Centros que hayan realizado un total de 80 tratamientos de cualquier metástasis hepática o tumor primario con partículas de vidrio con Y90 hasta la fecha o un total de al menos 12 tratamientos de cualquier metástasis hepática o tumor primario con partículas de vidrio con Y90 en los últimos 12 meses.

-Centros con disposición a cumplir con los requisitos del CretaS, incluida la recogida de datos a todos los pacientes que son potencialmente elegibles para las indicaciones propuestas”.

Constando, a este respecto, en el acuerdo impugnado las razones que han llevado al órgano de contratación a dictarlo, del siguiente modo: *“(…) el hecho de que la pertenencia al grupo CRETAS, Red de colaboración entre hospitales de toda España, que tiene el objetivo de consolidar la radioterapia transarterial selectiva o radioembolización como una alternativa para el tratamiento de pacientes que padecen cáncer hepático o metástasis hepáticas de otro tumor, es incompatible con determinado tipo de microesferas de Ytrio 90, no habiendo concretado este hecho en los Pliegos”* se cumple así con el requisito mínimo de motivación que exige el artículo 152.4 de la LCSP; cuestión distinta es la valoración acerca de si tales motivos se ajustan a los legalmente contemplados en dicho precepto, para fundar adecuadamente el desistimiento del contrato.

En el supuesto examinado, el acto es dictado antes de producirse la adjudicación del contrato y, en este sentido, cumple con el primero de los requisitos legales contemplado en el artículo 152.2 de la LCSP. Sin embargo, no puede admitirse que el acuerdo de desistimiento se base en un defecto jurídico no subsanable en la preparación del contrato. Y ello porque no se aprecia en la redacción de los pliegos vulneración alguna de la Ley, en la medida en que no existe precepto legal que obligue a especificar determinada composición del material objeto del suministro, siendo en abstracto más respetuoso con la normativa de contratación pública el tenor del PPT que, al no exigir ningún material en concreto, viene a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 126 de la LCSP, dado que no se discute que técnicamente resulte viable atender las prestaciones que la presente contratación persigue satisfacer por un material distinto al vidrio.



Por esto mismo, el hecho de que el citado pliego no recoja expresamente tal mención no puede reputarse como un defecto en la definición o configuración del mismo, pues el resultado de este procedimiento -en principio- habría de admitirse con independencia de la composición del suministro incluido en la oferta del eventual adjudicatario, siempre que ésta se atenga al objeto contractual y demás reglas que rigen la licitación, según ya se ha expuesto. Todo ello, sin perjuicio de que la permanencia en el grupo CRETAS que sostiene el órgano de contratación, como motivo para dictar la actuación impugnada, bien puede constituir una razón de interés público en el sentido expresado en el artículo 152.3 de la LCSP, pero cuya apreciación no corresponde a este Tribunal sino a dicho órgano.

En definitiva, no tratándose de una infracción no subsanable de las normas del procedimiento de adjudicación, procede estimar el recurso por no concurrir el supuesto previsto en el artículo 152.4 de la LCSP para acordar el desistimiento del contrato, anulando dicho acuerdo y ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior en que éste fue dictado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Único. Estimar el recurso interpuesto por D. M.R.S., en nombre y representación de SIRTEX MEDICAL ESPAÑA, S.L., contra el desistimiento del procedimiento para contratar el lote nº 1 correspondiente al *“Suministro de microesferas con Ytrio 90 y microesferas con Holmio 166 para radioembolización hepática realizada en el servicio de medicina nuclear del Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca”*, expediente CS/9999/1101119694/23/PA, convocado por la Gerencia del Servicio Murciano de Salud, que deberá proceder conforme a lo expuesto en el último Fundamento de Derecho de la presente Resolución.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día



siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k), y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES