



Recurso nº 438/2020 C.A. Comunidad Valenciana 115/2020

Resolución nº 716/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 19 de junio de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. A.D., en representación de SIRTEX MEDICAL EUROPE GMBH S.L., contra el anuncio de licitación, el pliego de prescripciones técnicas y el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación convocada por el Departamento de Salud de la Comunidad Valenciana, para contratar el *“suministro de microesferas de vidrio cargadas con ytrio-90, para el tratamiento intraarterial de tumores hepáticos primarios y metastásicos”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 11 de mayo de 2020 se publicó por el Departamento de Salud de la Generalidad Valenciana anuncio de licitación para el *“contrato de Suministro de microesferas de vidrio cargadas con ytrio-90, para el tratamiento intraarterial de tumores hepáticos primarios y metastásicos en el departamento de salud de Valencia”*, siendo el plazo para la presentación de las ofertas hasta el 8 de junio de 2020 a las 14 horas.

También se procedió a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 12 de mayo de 2020.

Segundo. El contrato se licitó por un valor estimado de 1.754.400,00 €, y con un presupuesto sobre la base de un precio unitario y la estimación de consumo fijada por el periodo inicial, 36 meses, de 1.224.000,00 €, sin IVA.



Tercero. El contrato de suministro está sujeto a regulación armonizada y el procedimiento de licitación se hará mediante el procedimiento de adjudicación abierto y tramitación ordinaria.

El objeto del contrato es la contratación del suministro de los productos necesarios para dotar a los Servicios a los que van destinados para poder desarrollar la actividad prevista en el Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre, por el que se aprueba la Cartera de Servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, para lo cual resulta idóneo contratar y adquirir el suministro de dichos productos para el Hospital Universitario y Politécnico La Fe. El objeto de la obtención de dicho servicio es atender a la radioembolización hepática, siendo esta una terapia intraarterial que consiste en la administración por vía arterial de microesferas cargadas con ⁹⁰Ytrio.

Cuarto. El Pliego establece los siguientes criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor:

Criterio. Juicio de valor. Valor máximo 49 puntos. Sobre 2.

Las empresas licitadoras, en su documentación, deberán especificar las características técnicas de los artículos que ofertan, debiéndose ajustar en todos los casos y en su totalidad a las especificaciones señaladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas para cada tipo de producto y a la normativa vigente.

No se admitirán variantes ni ofertas integradoras. La puntuación será la siguiente:

Criterios de valoración	Puntuación
Formato listo para usar , que no precise manipulación	15
Posibilidad de utilización en pacientes con trombosis de vena	10
Posibilidad de elegir dosis personalizadas	15
Posibilidad de administración sin utilización de medios de	9
	49

Quinto. La empresa recurrente presentó recurso especial en materia de contratación con fecha 22 de mayo de 2020 al considerar que las cláusulas y el objeto del contrato, tal y



como están definidos, atentan contra los principios de igualdad en la licitación y de competencia, solicitando se declare la nulidad de pleno derecho del Anuncio, del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas y del Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de referencia, por adolecer dichos actos administrativos de nulidad de pleno derecho (con base al art. 47.1 y/o 47.2 y siguientes de la Ley 39/2015 y concordantes de la Ley 40/2015), con retroacción en todo caso del procedimiento al momento anterior a la aprobación de los Pliegos.

Sexto. Ha emitido informe el órgano de contratación, quién solicita la desestimación del recurso, al considerar que la exigencia de microesferas de vidrio está absolutamente justificada atendiendo a las necesidades del órgano de contratación y a los resultados conseguidos por el área clínica de imagen médica, que se centran en la consecución de administración de viales con menor tiempo, consiguiendo una menor exposición a la radiación.

Séptimo. Mediante Resolución de 9 de junio de 2020 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 46 de la Ley 9/2017 y el convenio de colaboración entre la Generalitat y el Ministerio de Hacienda sobre atribución de competencias en recursos contractuales en aplicación del artículo 46.4 de la LCSP y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 17 de abril de 2013.

Segundo. Tratándose de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000,00 €, el contrato recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 44, apartado 1 a).



Tercero. Es objeto del presente recuso el anuncio de licitación y el Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas. El recurrente considera que existe una falta de motivación en la elección de los criterios de valoración criterios 1 y 4, junto con la puntuación que en los Pliegos se les otorga. En concreto, alega que vulneran el principio de igualdad y no discriminación en la contratación de las administraciones públicas, en cuanto a la especificación del objeto del contrato como “microesferas de vidrio”, y la exigencia de criterios específicos adaptados a una única empresa competidora. Además, añade que la elección de la no división en lotes por el órgano de contratación vulnera el principio de libre competencia que debe guiar la contratación.

Cuarto. En cuanto al objeto del contrato, y la configuración del mismo respecto de un solo material, que a juicio de la empresa recurrente impide que pueda participar en la licitación haciendo que sólo la empresa que suministra este material actualmente pueda satisfacer las necesidades del objeto del mismo, atentando contra la libre competencia y la igualdad en la licitación que debe guiar la contratación pública.

Con ocasión del recurso la empresa recurrente presenta un informe detallado sobre el suministro del producto con microesferas de resina que es su producto, y por el que aconseja este uso al órgano de contratación y no el que pretende el mismo que es el uso de microesferas de vidrio cargadas con ⁹⁰Ytrio. Es decir, con este informe trata de convencer y justificar porque sería más eficaz y conveniente a las necesidades del órgano de contratación permitir el suministro que pretende, usando su material y no el que constituye el objeto del contrato.

Ante este informe y las alegaciones vertidas por el recurrente en su recurso, a la conclusión a la que llega este Tribunal es que el recurrente no ha probado lo que es el fundamento principal de su recurso, en el que insiste en hacer referencia a un único fabricante e insinúa que la actuación administrativa va directamente orientada a adjudicar el contrato licitado a aquél. Nos encontramos así ante la circunstancia de que, tratándose de criterios estrictamente técnicos, no se aportan a este Tribunal indicios que doten de soporte tal afirmación, sin que sea suficiente, a efectos de estimar el recurso, la realización



de una mera invocación genérica de favorecimiento a una empresa que suministra el material al órgano de contratación.

En efecto, la LCSP dispone en su artículo el artículo 126.6 que:

“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.”

En el mismo sentido, existen numerosas resoluciones adoptadas por éste órgano en las que, lógicamente, se hizo constar que los pliegos no pueden mencionar una fabricación o una procedencia determinadas, ni hacer referencia a un procedimiento concreto. Sin embargo, también hemos dicho en numerosas ocasiones y casos similares al que nos ocupa que debemos partir de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación que nuestra doctrina ha sentado a la luz de la redacción de la LCSP, aplicable tanto a la definición del objeto del contrato como a la determinación de los criterios susceptibles de un juicio de valor, y que recordábamos en nuestra Resolución 468/2018:

“La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.”(…).En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines,



y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

En resumen, hemos considerado que el órgano debe, dentro de los límites expresados, definir el objeto del contrato que mejor se adecua a las necesidades que con el mismo pretende satisfacer. Dicho esto, hemos reconocido también la necesidad de que el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad.

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, nuestra competencia sólo nos permite anular los criterios valorativos ligados a las especificaciones técnicas definitorias del objeto a suministrar si se incurre en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, de modo que dichas características resulten patentemente inidóneas –no relacionadas con el objeto del contrato-o irrazonables y desproporcionadas.

Pues bien, partiendo de estas consideraciones, este Tribunal considera que la determinación de las especificaciones debatidas se encuentra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica que exclusivamente compete al órgano de contratación, a fin de dar cumplimiento de manera satisfactoria el objeto del contrato, sin que a juicio de este Tribunal resulten irrazonables y desproporcionadas, máxime con la escasísima y no probada información facilitada por la recurrente de que sólo la empresa que suministra actualmente el producto a contratar por el órgano de contratación pueda satisfacer tales necesidades. Debe tenerse presente que el órgano de contratación **sí** detalla en su informe porque quiere contratar microesferas de vidrio cargadas con ⁹⁰Ytrio para el tratamiento

intraarterial que pretende efectuar. Así a modo de ejemplo justifica la necesidad de este material y no otro distinto, del siguiente modo:

“El Área Clínica de Imagen Médica realiza desde el año 2009 Radioembolización hepática con el empleo de microesferas de vidrio. Hasta la fecha se han tratado un total de 212 pacientes con historia de neoplasia hepática, siendo la patología más tratada el hepatocarcinoma. Durante todo este tiempo y con la experiencia acumulada, los fallos técnicos significativos no existen... Uno de los puntos clave en el tratamiento de radioembolización es el cálculo de actividades y los cálculos de dosimetría. Existen diferentes metodologías para abordar esta cuestión. Nuestro recorrido con las microesferas de vidrio nos han permitido optimizar estos cálculos e individualizar las actividades de radioisótopo a administrar. La variabilidad existente en cuanto a formas de presentación en función del grado de actividad y número de microesferas (un mínimo de 3 GBq hasta un máximo de 20 GBq, a intervalos de 0,5 GBq; traducido en un mínimo de 1,2 millones hasta 8 millones de microesferas), nos proporciona una flexibilidad óptima en la planificación del tratamiento. Seleccionamos el vial con el número de microesferas necesarias y la actividad requerida, para ser administrado el día establecido. Esto nos permite realizar un tratamiento individualizado para cada situación clínica...”

Todo lo anterior lleva a este Tribunal a desestimar la invocación de restricción de la libre concurrencia en atención a las exigencias determinadas por el objeto del contrato en cuanto al material a suministrar.

Quinto. En cuanto a la alegada no división del contrato en lotes, el artículo 99.3 de la LCSP establece que:

“Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No obstante, lo anterior, el Órgano de Contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.



En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el Órgano de Contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.”

Sobre la obligatoriedad de la división en lotes del contrato, este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones (por todas, la Resolución nº 408/2017) la siguiente doctrina:

“En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar ‘la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial’, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, ‘cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador’. (...) Conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal expresada, entre otras muchas, en la resolución 148/2019 de 22 de febrero,



(...) la nueva Ley de Contratos del Sector Público exige, como hemos visto, que la justificación de la no procedencia de dividir el contrato en lotes se encuentre reflejada en el expediente. El Tribunal considera admisible para no dividir el contrato en lotes el hecho de que se trate de «un servicio único, no divisible», pero debe explicarse en el expediente por qué el servicio es único e indivisible (...).”

Es decir, la nueva LCSP no impide que la Administración configure el objeto del contrato atendiendo a lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución del TACRC 756/2014, de 15 de octubre). Pero debe tenerse en cuenta que:

- a) La Administración puede invocar motivos válidos para la existencia de un solo lote, aunque debe justificarlos suficientemente en el expediente,
- b) Los motivos que se contemplan en el artículo 93.3. a) y b) no constituyen un *númerus clausus*.

En definitiva, el Órgano de Contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, margen que está sujeto también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo que no resulte arbitrario, ni contrario a la finalidad última del precepto citado.

En el presente caso consta en el Apartado b del Anexo I que acompaña al Pliego la siguiente justificación: *Dada la naturaleza del contrato por tratarse de un único artículo: “microesferas de vidrio cargadas con ⁹⁰Ytrio” y no resultar conveniente la división en lotes , ya que dificultaría la ejecución del mismo.*



Es decir, el órgano de contratación considera que no procede la división en lotes al tratarse de un suministro de un único artículo, de modo que la división en lotes del mismo dificultaría la correcta ejecución, por lo que se está amparando en la causa prevista en el artículo 99.1 letra b de la ley.

Considera este Tribunal que concurre una suficiente motivación de la no división en lotes del suministro que se pretende contratar.

Por lo expuesto, este motivo debe desestimarse.

Sexto. En lo que respecta a los criterios de valoración cualitativos, concretamente los criterios 1 y 4, respecto de los cuales se alega una falta de justificación y adecuación de los mismos al contrato atentando una vez más, según el recurrente, contra la libre competencia que debe regir la contratación:

Dispone el PCAP:

Criterio. Juicio de valor. Valor máximo 49 puntos. Sobre 2.

Las empresas licitadoras, en su documentación, deberán especificar las características técnicas de los artículos que ofertan, debiéndose ajustar en todos los casos y en su totalidad a las especificaciones señaladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas para cada tipo de producto y a la normativa vigente.

No se admitirán variantes ni ofertas integradoras. La puntuación será la siguiente:

Criterios de valoración	Puntuación
Formato listo para usar , que no precise manipulación	15
Posibilidad de utilización en pacientes con trombosis de vena	10
Posibilidad de elegir dosis personalizadas	15
Posibilidad de administración sin utilización de medios de	9
	49

Los criterios controvertidos son el criterio 1: formato listo para usar que no precise manipulación (puntuación de hasta 15 puntos), y posibilidad de administración sin utilización de medios de contraste radiológico (puntuación de hasta 9 puntos). Respecto de estos, razona el recurrente en su recurso que existe una falta de motivación en la utilización de los mismos y que su aplicación sólo favorece una vez más a una empresa en concreto, criticando que el órgano de contratación se centre no en el resultado de obtener un mejor tratamiento de tumores hepáticos primarios y metastásicos, sino en el procedimiento y la forma.

A este respecto, debemos volver a reiterar lo manifestado en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, y es que el recurrente no presenta un mínimo indicio de prueba por el que dichos criterios puedan favorecer a una sola empresa, restringiendo con ello la competencia. Por lo que se refiere a los criterios sometidos a juicio de valor, el motivo se funda esencialmente en la definición del objeto de contrato que pretende imponer el recurrente en la primera de sus alegaciones. Por ello, admitida como válida la definición del contrato que realiza el órgano de contratación con arreglo a sus propias necesidades, debe apreciarse si estos criterios sometidos a juicio de valor guardan relación con esta definición. El recurrente no realiza una exposición de porqué estos criterios no se considera motivados, y sin embargo, observamos que estos criterios si guardan relación con el objeto del contrato, y no se considera que puedan ser arbitrarios o irrazonados como para conculcar la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación, por lo que no podemos estimar sus alegaciones basándonos en meras invocaciones genéricas y sin fundamento.

A mayor abundamiento, si bien no considera justificado los criterios de valoración determinados por el órgano de contratación, debido a que el órgano se centra en el procedimiento del tratamiento que pretende realizar y no en el resultado, debemos reiterar una vez más que los criterios valorados mediante juicios de valor están sometidos a la discrecionalidad técnica de que goza el órgano de contratación, salvo que los mismos adolezcan de arbitrariedad, error patente o falta de justificación, circunstancias estas que no se observan en el presente caso.



Por lo expuesto, este motivo debe desestimarse.

Séptimo. Finalmente, la recurrente invoca una suerte de nulidad de pleno derecho con fundamento en el artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, pues, según la recurrente, *“la configuración de los criterios de adjudicación contenidos los pliegos de prescripciones técnicas de la convocatoria necesariamente conculcan el principio de igualdad que debe regir en la licitación establecido en el artículo 14 de la constitución”*.

Este Tribunal considera que la causa de nulidad invocada está intrínsecamente relacionada con la definición del objeto del contrato, por lo que una vez más, considerando válida la definición del objeto del contrato realizada por el órgano de contratación, esta causa de nulidad debe denegarse.

El recurso es desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.D., en representación de SIRTEX MEDICAL EUROPE GMHB S.L., contra el anuncio de licitación, el pliego de prescripciones técnicas y el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación convocada por el Departamento de Salud de la Comunidad Valenciana, para contratar el *“suministro de microesferas de vidrio cargadas con ytrio-90, para el tratamiento intraarterial de tumores hepáticos primarios y metastásicos”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.