

Recurso 37/2020

Resolución 94/2020

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 13 de marzo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADVANCED ACCELERATOR APPLICATIONS IBERICA, S.L.U.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de tracto sucesivo y fabricación de radiofármacos, así como el mantenimiento del equipamiento, de las instalaciones de las unidades de RF y la gestión de los residuos radioactivos generados”, respecto al lote 3, convocado por el Servicio Andaluz de Salud (Expte. 2204/2019), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de agosto de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento.

Su valor estimado asciende a la cantidad de 69.638.927,09 euros.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. La mesa de contratación, en sesión de 16 de diciembre de 2019, acordó la exclusión de la empresa ADVANCED ACCELERATOR APPLICATION IBERICA, S.L.U. (AAA, en adelante), respecto al lote 3, por no cumplir la solvencia técnica exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Posteriormente, el 4 de febrero de 2020, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, el lote 3 fue adjudicado a la empresa CURIUM PHARMA SPAIN, S.A. (en adelante, CURIUM).

CUARTO. El 3 de febrero de 2019, tuvo entrada en el Registro electrónico único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por AAA contra su exclusión en el lote 3.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 4 de febrero de 2020, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso, requiriéndole la aportación del expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 12 de febrero de 2020.

SEXTO. El 18 de febrero de 2020, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación respecto al lote 3 objeto de impugnación.



SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 25 de febrero de 2020, dio traslado del recurso a la única entidad interesada en el procedimiento (CURIUM) concediéndole un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en plazo la citada empresa.

OCTAVO. El 13 de marzo de 2020, AAA presentó en el Registro electrónico de este Tribunal escrito que califica de recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud por la que se acuerda suspender, en base a las razones que obran en la misma, el procedimiento de adjudicación del acuerdo marco en todos sus lotes, hasta conocer el pronunciamiento de este Tribunal respecto al recurso que va a ser objeto de examen en la presente resolución y que se circunscribe al lote 3.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

Es objeto de recurso la exclusión de la recurrente en el lote 3 de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 b) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado c) del artículo 50.1 de la LCSP dispone que: «*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando {el recurso} se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto examinado, el acuerdo de exclusión es adoptado por la mesa de contratación el 16 de diciembre de 2019, habiéndose publicado el acta correspondiente en el perfil de contratante, sin que conste la notificación de tal acuerdo a la entidad recurrente. En su escrito de recurso, AAA manifiesta haber tenido conocimiento de su exclusión el 13 de enero de 2020 y que ese mismo día solicitó el informe técnico en cuyas conclusiones se basó la mesa de contratación para adoptar su exclusión, el cual le fue facilitado el 21 de enero de 2020, fecha en que tuvo cabal y entero conocimiento de las razones que motivaron su eliminación del proceso selectivo. Por su parte, en el informe al recurso el órgano de contratación se limita a manifestar que el recurso ha sido presentado en plazo.

Pues bien, como quiera que no consta que la exclusión haya sido notificada de forma individualizada a la recurrente y, de conformidad con el artículo 50.1 c) de la LCSP, el cómputo del plazo para recurrirla se inicia a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, aun tomando como fecha en que tal conocimiento tuvo lugar la indicada por AAA -13 de enero de 2020- y no la posterior de 21 de enero en que accedió al informe técnico en que se basó su exclusión, el recurso presentado el 3 de febrero de 2020 en el Registro electrónico de la Junta de Andalucía se ha interpuesto en plazo.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. AAA solicita la anulación de su exclusión con retroacción de actuaciones al momento de la valoración de su solvencia, a fin de que se le adjudique el lote 3.

Con carácter previo al examen de los alegatos de las partes, deben exponerse algunos datos de interés que se extraen del expediente de contratación y facilitan el entendimiento de la controversia planteada:



1. El lote 3 del acuerdo marco se describe del modo siguiente en el apartado 2.1.1 del PCAP: *“Suministro de ¹⁸F-FDG”, en dos preparaciones, con la siguiente actividad:*

- *¹⁸F-FDG, 10 mCi cada 40 minutos*
- *¹⁸F-FDG, 5 mCi cada 40 minutos”*

2. El apartado 7.4.1 del PCAP establece, como requisito de solvencia técnica en los lotes 3 a 6, ambos incluidos, *“Documento acreditativo de capacidad de producción de FDG, como mínimo, del consumo estimado para un año en el SAS, según el lote a que licite”*. El Anexo I del pliego de prescripciones técnicas (PPT) establece el siguiente consumo anual estimado para el lote 3:

- *¹⁸F-FDG, 10 mCi cada 40 minutos: 22.000*
- *¹⁸F-FDG, 5 mCi cada 40 minutos: 3.000.*

Los hospitales vinculados al contrato en el lote 3 son:

- Hospital Universitario Puerta del Mar (Cádiz)
- Hospital Universitario Reina Sofía (Córdoba)
- Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada)
- Hospital Universitario Virgen de la Victoria (Málaga)
- Hospital Universitario Regional de Málaga (Málaga)
- Hospital Universitario Virgen Macarena (Sevilla)
- Hospital Universitario Virgen del Rocío (Sevilla).

3. Se presentaron dos ofertas al lote 3 (las de AAA y de CURIUM), obteniendo la proposición de la recurrente la mayor puntuación con arreglo a los criterios de adjudicación.

4. En la sesión de la mesa de contratación de 26 de noviembre de 2019 se procedió a valorar la documentación de AAA acreditativa de su capacidad y solvencia. Así, respecto a la solvencia técnica, consta en el acta que *“ante las dudas expuestas por los asesores asistentes a la mesa sobre la capacidad de producción del ciclotrón de Murcia de esta empresa, los miembros de la mesa acuerdan, con objeto de aclarar la capacidad de producción de FDG, como mínimo, del consumo estimado para un año en el SAS, según el lote al que licite, conceder un plazo de tres días para presentar las siguientes aclaraciones, conforme a lo establecido en el artículo 95 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público:*

1. Capacidad diaria total de producción (actividad medida en GBq), para los dos radiofármacos fluorados, ¹⁸-fluor-desoxiglucosa (¹⁸ FDG) y ¹⁸-fluorcolina (¹⁸-FColina).



2. Capacidad de producción por síntesis efectivas (actividad medida en GBq). Entendiendo por síntesis efectivas las que se realicen en un horario que permita que el radiofármaco fabricado sea suministrado a los centros en el período temporal en que se realiza esta prestación asistencial en el SAS (desde las 8:00 horas a 19:00 horas).

3. Aclaración de número de dosis y actividad (medida en GBq) de su producción que tengan comprometida con otros centros distintos al SAS.

4. En los días en que se produzca la 18FColina, deben indicar la producción máxima de 18FColina y la de 18-FDG en el mismo día.

Todo esto, siempre referido exclusivamente al ciclotrón de Murcia”.

5. La mesa de contratación, en sesión de 16 de diciembre de 2019, a la vista del informe emitido por el grupo técnico asesor relativo a la solvencia técnica de AAA y tras analizar las aclaraciones presentadas, asumió sus conclusiones acordando que respecto al lote 3 *“(…) no queda acreditada la capacidad de producción de 18-FDG, como mínimo, del consumo estimado para un año en el SAS y por tanto su solvencia técnica”.*

En el informe del grupo técnico asesor se indicaba lo siguiente:

“Respuestas de AAA al citado requerimiento:

1. Capacidad diaria total de producción (actividad medida en GBq):

-Para 18-FDG: 3.300 GBq

-Para 18-FColina: 130 GBq

Respecto a 18-FDG (Lote 3):

El grupo técnico considera que las cifras aportadas por AAA, relativas a la capacidad de producción máxima de 18-FDG no se corresponden con las aportadas en su oferta inicial (ver tabla 1). La declarada inicialmente fue de $5 \times 340 \text{ GBq} = 1.700 \text{ GBq}$, no los 3.300 GBq que declaran ahora.(…)

2. Capacidad de producción por síntesis efectivas (actividad medida en G13q)

Tampoco esta información se corresponde con la aportada en la oferta inicial, relativa al número de síntesis diarias (cinco, ver tabla 1), con la aportada ahora (seis, ver tabla 2).

(…) Se constata que para la 18-FDG, en cuatro hospitales de los recogidos en el pliego, los intervalos de dosis son cada 30 minutos y no cada 40 minutos, que es lo que se licitó para cubrir las necesidades asistenciales del SAS.

Esta diferencia de minutos obligaría a la empresa a fabricar con mucha mayor actividad para suministrar las mismas dosis o al SAS a disminuir el tiempo destinado a la exploración de cada



paciente, con la consiguiente disminución de su calidad. El tiempo de 40 minutos es el previsto en los pliegos.

Además, con esta capacidad de producción que aparece en estas mismas tablas, se constata que habría centros del SAS a los que no se podría hacer la entrega a las 8 horas de la mañana y esto obligaría a retrasar el inicio de la administración a los pacientes, con la consiguiente repercusión en las agendas de citas (pérdida de incluso de una hora laboral, en el hospital de Cádiz).

3. Aclaración de número de dosis y actividad (medida en GBq) de su producción que tengan comprometida con otros centros distintos al SAS.

La empresa responde que tiene comprometidas diariamente, desde el ciclotrón de Murcia, 21 dosis de 18-FDG para el Hospital de La Arrixaca y 15 dosis para el Hospital de Santa Lucía. (...)

Según la tabla aportada (tabla 4), la suma de estas dosis, expresada en GBq, suponen un total de 83 GBq de actividad.

4. En los días en que se produzca la 18-F-colina, deben indicar la producción máxima de 18F-colina y la de 18-FDG en el mismo día.

La empresa informa que la capacidad máxima de fabricación de un día es de cuatro lotes de 18-FDG y dos lotes de 18-FColina, tal y como indican en la tabla 2.

Completan la información indicando que la capacidad máxima de fabricación de 18-FDG en esa situación es de $4 \times 550 \text{ GBq} = 2.200 \text{ GBq}$ y de 18-FColina es de $2 \times 65 \text{ GBq} = 130 \text{ GBq}$.

Remitiéndonos a la tabla de capacidad de producción por síntesis efectiva que la propia empresa aporta (tabla 2 de este informe), sumando la actividad obtenida de las cuatro síntesis de 18-FDG (lotes A, C, E, F), obtenemos 1.508 GBq ($508 + 456 + 323 + 221$), que no se corresponden con los 2.200 GBq .

Volvemos a observar que los lotes A y C exceden la capacidad máxima por síntesis efectiva declarada en la oferta (340 GBq de 18-FDG) (...)

Otras consideraciones:

Hay que tener en cuenta que estos radiofármacos tienen una vida media muy corta (110 minutos). Es decir, que la actividad de la dosis producida en el ciclotrón va decayendo en forma logarítmica, en función del tiempo que transcurre entre la fabricación y la administración, según la siguiente fórmula:

$$\text{Actividad final} = \text{Actividad inicial} \times$$



Eso significa que hay que calcular, de forma precisa, la actividad con la que debe producirse cada dosis en el ciclotrón, para que cuando sea entregada en el centro del SAS de destino tenga la actividad establecida en los pliegos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha calculado la producción diaria que sería necesaria para suministrar las dosis licitadas, desglosando por centro de consumo.

Se han utilizado, los mismos datos usados para el cómputo de la licitación (...)

Como medida de tiempo: el que puede transcurrir entre la producción en el ciclotrón ofertado y la administración en cada uno de los centros del SAS, habida cuenta de lo que tardaría un transporte de mercancías peligrosas en llegar, a la velocidad máxima que les está permitida legalmente (90 km/h).

Se ha añadido una hora adicional a este tiempo, para contemplar lo que se tarde en disponer la carga en el transporte, realizar su recepción en la unidad de Radiofarmacia, hacer los preceptivos controles de actividad, trasladar el radiofármaco a la unidad de Medicina Nuclear y, finalmente, preparar su administración al paciente.

Todo ello, sin tomar en consideración posibles eventualidades en el traslado, que retrasen la entrega, como problemas de tráfico o inclemencias meteorológicas (...)

En las siguientes tablas, se recogen los resultados de estos cálculos (...) [En lo que aquí interesa, se recoge como “actividad que se necesita fabricar” para 18-FDG una cantidad de 1820,9 Gbq].

SEXTO. Expuestos los principales extremos que obran en el expediente con relación a la cuestión debatida, procede ahora sintetizar las alegaciones de las partes.

AAA combate su exclusión con los siguientes argumentos:

1. El informe del grupo técnico asesor en que se apoya la mesa para acordar la exclusión justifica tal decisión en la incapacidad de la recurrente para producir suficiente 18 FDG y satisfacer las necesidades del Servicio Andaluz de Salud. Dicho grupo técnico asesor acepta que AAA tiene una capacidad productiva, cuanto menos, de 1.700 GBq diarias, pero estima que es insuficiente para atender las necesidades de consumo anual del SAS que cifra, por error, en 1.820,9 GBq diarios. A juicio de la recurrente, la tabla que figura en el informe en la que se totaliza la “*actividad que se necesita fabricar*” en 1820,9 GBq es un



posible escenario de cumplimiento del contrato, pero no el único. El número de entregas que cada adjudicatario tenga previsto efectuar en cada hospital y el número de dosis que contenga cada entrega puede configurarse de forma distinta, siempre que se respete la disponibilidad exigida de una dosis cada 40 minutos desde las 8:00 de la mañana hasta las 19:00 horas. Además, en la citada tabla del informe se incluyen datos que no aparecen en la documentación que se puso a disposición de los licitadores.

2. El informe del grupo técnico asesor incurre en error material. La recurrente justifica esta afirmación adjuntando informe técnico emitido por una persona que es Radiofarmacéutica y Responsable de Operaciones de AAA. Con apoyo en el citado informe técnico, pone de manifiesto errores en los siguientes extremos:

- En relación con el contenido de las dosis: el recurso señala que el grupo técnico, contraviniendo lo establecido en los pliegos, asume que las 25.000 dosis anuales de FDG deberían ser de 10 mCi, mientras que en la tabla B del anexo I del PPT se indica que el lote 3 está compuesto por 22.000 dosis de FDG de 10 mCi y 3.000 dosis de FDG de 5 mCi. Los cálculos del grupo técnico se apartan de las prescripciones técnicas y suponen una mayor exigencia en la prestación.

- En relación con la capacidad productiva de AAA: la recurrente, con apoyo en el informe que adjunta, alega que, aplicada la fórmula de desintegración radioactiva, la capacidad productiva que exigen los pliegos para atender el consumo anual estimado del Servicio Andaluz de Salud es 1.148,2 GBq diarios. En consecuencia, si la capacidad productiva de AAA es superior a 1.148,2GBq diarios, dicha entidad cumple con la solvencia técnica exigida en los pliegos. Se observa que en todos los casos el tiempo calculado por el grupo técnico asesor es 1,22 horas (73 minutos) superior al tiempo total de transporte considerado en su propio informe.

- En relación al escenario simulado por el grupo técnico asesor: el informe técnico que se adjunta con el recurso incluye una tabla con un escenario distinto al contemplado por el Servicio Andaluz de Salud. La diferencia radica en una diferente distribución de entregas, pero manteniendo las mismas dosis diarias totales para cada hospital, empezando las entregas a las 8.00 y facilitando a cada uno de los hospitales adscritos a la licitación disponer de una dosis cada 40 minutos desde las 8:00 hasta las 19:00 horas.



Con este nuevo escenario la actividad que se necesita fabricar es de 1.120,7 GBq. Si se suman los 83 GBq que AAA tiene comprometidos con otros centros, el resultado es de 1.203,7 GBq, inferior en todo caso a los 1.700 GBq, sin obviar que si el 12% de las dosis fueran de 5 mCi y no de 10 mCi, estos 1.203,7 GBq se verían sensiblemente reducidos.

- En relación con la producción simultánea de 18-FDG y 18 Fcolina: el recurso, reproduciendo el contenido del informe que adjunta, viene a señalar que, considerando los tiempos de transporte totales para cada hospital utilizados por el grupo técnico asesor, las actividades totales necesarias de 18 F-Colina y 18 FDG serían sensiblemente inferiores a la capacidad de producción de 135 GBq de 18F-Colina y 1.700 GBq de FDG reconocidos por el grupo técnico asesor en su informe de 12 de diciembre.

Frente a tales alegatos del recurso se alza el órgano de contratación en su informe -adjuntando, dado el carácter eminentemente especializado de la materia, unas consideraciones de índole técnica emitidas por la Jefa del Servicio de Suministros Farmacéuticos del Servicio Andaluz de Salud- y la entidad interesada CURIUM en su escrito de alegaciones.

El informe técnico sobre el recurso (“consideraciones técnicas” en la denominación del documento) que traslada el órgano de contratación a este Tribunal expone, en síntesis, lo siguiente:

1. AAA no ha mencionado en ningún momento anterior al recurso ni ha aportado al Servicio Andaluz de Salud durante el plazo de presentación de ofertas ni en su respuesta a la solicitud de aclaraciones de la mesa de contratación resoluciones del Consejo de Seguridad Nuclear ni del Ministerio de Industria que corroboren su autorización para aumentar la capacidad de producción de su instalación radiactiva. En la documentación técnica aportada por la empresa a la licitación se informaba que la capacidad de producción del ciclotrón de Murcia era de hasta 5 síntesis diarias y 9,1 Ci (340 GBq) de 18 FDG.

El grupo técnico de expertos que asesoró a la mesa, basándose en los datos aportados por AAA, calculó la capacidad total diaria de producción del ciclotrón ofertado, expresada en GBq de 18 FDG, obteniéndose un total de 1.700 GBq (5 síntesis diarias x 340 GBq de 18 FDG). En el recurso, la propia empresa reconoce que estos cálculos son correctos y que la capacidad productiva diaria en el momento de presentación de la oferta era de 1.700 GBq de 18 FDG.



En el documento presentado por AAA para dar respuesta a las aclaraciones solicitadas por la mesa, la empresa informaba de una capacidad de producción diaria en el ciclotrón de Murcia bastante mayor (3.300 GBq de 18 FDG) a la declarada durante el plazo de presentación de ofertas, que no cabía contemplar al no ser una aclaración de los datos inicialmente aportados y suponer una modificación sustancial de su proposición. Asimismo, AAA declaraba en su proposición 5 síntesis diarias como capacidad de producción del ciclotrón ofertado y en su escrito de aclaraciones aparece una síntesis diaria más (6 en total).

2. A partir de los datos aportados por AAA en su oferta y reconocidos posteriormente en su recurso, su capacidad máxima de producción de 18 FDG era de 1.700 GBq diarios. La cifra de 1.820 GBq de 18 FDG es el resultado de los cálculos de las necesidades del Servicio Andaluz de Salud realizados por el grupo técnico asesor atendiendo al suministro en un día y utilizando el escenario que se presume más frecuente y probable en la práctica asistencial diaria de los hospitales (las dosis ofertadas de 5 mCi representan un porcentaje muy bajo del total, siendo posible que haya días donde el 100% de las dosis que se suministren sean de 10 mCi, por lo que es este el supuesto utilizado).

Evidentemente, los cálculos se han hecho en un marco teórico puesto que los escenarios pueden ser varios, pero aquellos se han efectuado contemplando el escenario más favorable para la empresa AAA: por ejemplo, se han contemplado envíos directos a cada hospital y no una ruta que pase por varios en la que tendrían que efectuarse varias paradas, lo que incrementaría aún más los tiempos de transporte. No se han tenido en cuenta posibles contingencias en la producción (averías, lotes fallidos o con retrasos en su salida), ni el hecho de que el único ciclotrón ofertado pueda sufrir una avería o estar en parada técnica de mantenimiento. Tampoco se han tenido en cuenta posibles picos de demanda asistencial que pudieran requerir un suministro de mayor número de dosis y, por tanto, más capacidad de producción para el proveedor.

En cuanto al alegato del recurso relativo a que el grupo técnico asesor incluyó datos que no aparecen en la documentación que se puso a disposición de los licitadores para formular su oferta -como son las dosis diarias cuando el PPT se refiere al consumo anual estimado-, el número de días laborables que tiene un año es un dato conocido por todos y la conversión entre dosis anuales y dosis diarias es una operación matemática al alcance de todos. En cuanto al horario, en la propia pregunta que la Mesa trasladó a la



empresa para sus aclaraciones, se indicaba expresamente (de 8:00 horas a 19:00 horas) y AAA en su respuesta obvió el inicio de jornada a las 8:00 horas en algunos hospitales.

3. Respecto al alegato de AAA sobre error en el informe del grupo técnico asesor, el documento sobre consideraciones técnicas al recurso remitido por el órgano de contratación manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Frente a los argumentos del recurso sobre el contenido de las dosis, se reitera que las dosis ofertadas de 5 mCi representan un porcentaje muy bajo del total (12%), siendo posible que haya días donde el 100% de las dosis que se suministren sean de 10 mCi, por lo que es este el supuesto utilizado.

- Frente a los argumentos del recurso sobre el cálculo de la “actividad que se necesita fabricar” donde AAA obtiene una cifra de actividad de 1148,2 GBq y en relación a los 73 minutos extra para los que AAA no encuentra justificación, se señala que los radiofármacos tienen una vida útil muy corta y su actividad va decayendo en el tiempo que transcurre entre su fabricación y su administración. En el caso de la preparación 18 FDG es de 110 minutos, por lo que cualquier tiempo que no se tenga en consideración condiciona grandes diferencias en la actividad calculada.

En el proceso de fabricación de la preparación 18F-FDG hay varias etapas:

- a) Producción del isótopo 18-F en el ciclotrón.
- b) Síntesis del radiofármaco 18F-FDG en el correspondiente módulo de síntesis.
- c) Paso del radiofármaco del módulo de síntesis al de dispensación para su posterior fraccionamiento en los distintos viales con las dosis requeridas.

Continúa indicando el documento sobre consideraciones técnicas que el rendimiento de una síntesis se refiere a la actividad que se obtiene en el apartado b), pero desde el primer minuto de esta síntesis se pierde actividad debido al factor tiempo. El tiempo transcurrido desde que acaba la síntesis hasta que los viales están llenos con las correspondientes dosis, se acondicionan en sus embalajes y se les proporciona un blindaje para estar debidamente acondicionados para su transporte son los 73 minutos extra para los que la empresa recurrente no encuentra justificación, a pesar de conocer que estos tiempos son intrínsecos en el proceso.



Insiste el informe técnico en el tiempo que transcurre desde que se sintetiza el radiofármaco en el módulo de síntesis hasta su paso al módulo de dispensación para su posterior fraccionamiento en viales, los cuales aún no están ni embalados, ni se les ha proporcionado el blindaje preciso para estar debidamente acondicionados para su transporte ni, por supuesto, se han cargado en el vehículo de transporte. Además, de cada síntesis se deben dispensar varios viales para poder realizar el control de calidad del lote, incluidos los tests de esterilidad, más los viales que legalmente deben almacenar. Todos estos tiempos, en los que las dosis empiezan ya a perder actividad, explican los 73 minutos adicionales que el grupo técnico asesor ha considerado añadir en sus cálculos y AAA ni los considera ni les encuentra justificación. Evidentemente ese tiempo es un promedio: si el lote es más pequeño se tardará algo menos y si la cantidad de viales es mayor se tardará algo más.

Asimismo, indica el documento que AAA plantea un nuevo cálculo de la actividad que se necesita fabricar donde se muestran datos que sobrepasan la capacidad máxima por síntesis efectiva que declaró en su oferta inicial. Además, parece confundir los tiempos de calibración de las dosis que se establecieron en los pliegos con el hecho de que las dosis tengan que estar disponibles cada 40 minutos para su administración. Partiendo de esta interpretación incorrecta, AAA alega que para las dosis estimadas por el grupo técnico asesor habría entregas de dosis más allá de las 19:00 horas y así intenta demostrarlo, si bien los viales enviados a los hospitales son multidosis, siendo del todo factible recibir a las 19:00 horas un vial con tres dosis calibradas para las 19:20, 20:00 y 20:40 horas.

Finalmente, en sus alegaciones al recurso, CURIUM esgrime los argumentos que entiende procedentes frente al recurso y que, obrando en las actuaciones, damos aquí por reproducidos. En particular, manifiesta la limitada capacidad de AAA en el ciclotrón de Murcia y aduce que el grupo técnico asesor ha realizado un cálculo teórico que no es posible llevar a cabo en la realidad y que es favorable a AAA y, pese a ello, dicha entidad en su recurso ha continuado realizando los cálculos del mismo modo, afinándolos más y haciendo una propuesta aún menos realista.

SÉPTIMO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La recurrente ha sido excluida de la licitación, tras haberle requerido la mesa de contratación aclaraciones sobre la capacidad de producción de FDG con relación al ciclotrón de Murcia y no estimarse acreditada dicha capacidad, ni por tanto su solvencia técnica en el lote 3 (suministro de 18 F-FDG), conforme a lo establecido en el apartado 7.4.1 del



PCAP que exige una capacidad de producción, como mínimo, del consumo estimado para un año en el Servicio Andaluz de Salud, que es el siguiente:

- 18F-FDG, 10 mCi cada 40 minutos: 22.000
- 18F-FDG, 5 mCi cada 40 minutos: 3.000.

Como consideración de carácter previo, debe señalarse que la capacidad de producción a tomar en consideración para estimar si AAA cumple con el requisito de solvencia técnica exigido en el PCAP debe efectuarse sobre los datos y cifras aportados por la recurrente en su oferta y no en base a la documentación posterior que aportó la empresa a raíz de las aclaraciones solicitadas por la mesa donde informaba de una capacidad de producción diaria en el ciclotrón de Murcia bastante superior. Al respecto, el artículo 140.4 de la LCSP dispone que *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”*.

Si la mesa hubiera aceptado estos últimos datos hubiese permitido que AAA modificara su oferta inicial, lo que iría en contra del precepto legal señalado y hubiese vulnerado el principio de igualdad de trato entre licitadores consagrado en los artículos 1.1 *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (...)”* y 132.1, ambos de la LCSP, *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”*.

Por tanto, debe analizarse si la capacidad de producción diaria existente en el momento de presentación de la oferta (1.700 GBq de 18 FDG) y que la propia recurrente reconoce en la página 12 de su escrito de recurso, permite cumplir con el requisito de solvencia técnica establecido en el PCAP y anteriormente señalado.

Al respecto, hemos de partir del dato de que el informe del grupo técnico asesor, en el que se apoya la mesa para acordar la exclusión de AAA, cifra la capacidad productiva para atender las necesidades de consumo anual del Servicio Andaluz de Salud en 1.820,9 GBq.



Así pues, una vez aceptado por AAA en el recurso que su capacidad de producción diaria en el momento de presentar oferta es de 1.700 GBq, los alegatos que esgrime ante este Tribunal van esencialmente dirigidos a demostrar el error cometido por el grupo técnico asesor al calcular aquella cifra de 1.820,9 GBq. Para ello, adjunta un informe emitido por persona de la empresa -que lo suscribe en calidad de Radiofarmacéutica y Responsable de Operaciones- en el que la recurrente se apoya para afirmar que la cifra de 1.820,9 GBq es solo un posible escenario de cumplimiento pero no el único y que, con otros escenarios contemplados en su informe, la actividad que se necesita fabricar es inferior a 1.820,9 Gbq (capacidad productiva necesaria para atender el consumo anual estimado del Servicio Andaluz de Salud según informe del grupo técnico asesor) y a 1.700 Gbq (capacidad productiva de la empresa en el momento de presentar la oferta), razón por la que cumpliría con la solvencia exigida.

De lo hasta ahora expuesto, podemos extraer dos conclusiones:

1.El pretendido error del que se habla en el recurso no sería tal si, como la propia recurrente afirma, la cifra de actividad indicada en el informe del grupo técnico asesor es uno de los escenarios posibles aunque no sea el único.

2. Los escenarios de cumplimiento contemplados en el informe técnico que adjunta la recurrente solo tendrían el valor de una apreciación técnica paralela y alternativa a la del órgano evaluador de la Administración que, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, no podría imponerse ni prevalecer sobre el criterio de este último sustentado en una presunción iuris tantum de certeza y razonabilidad. Se cita, entre otras muchas, nuestra Resolución 435/2019, de 27 de diciembre, que invoca resoluciones anteriores y consolidada jurisprudencia en los siguientes términos:

«En relación con esta última [la discrecionalidad técnica], este Tribunal también ha expresado en numerosas ocasiones (v.g. Resoluciones 273/2016, de 4 de noviembre, 51/2017, 15 de marzo, 186/2017, de 26 de septiembre, 84/2018, de 28 de marzo y 236/2018, de 8 de agosto, entre otras muchas) que la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.

Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en



error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que “la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega”>>.

En cualquier caso, aun cuando obviáramos la afirmación de la recurrente de que la cifra de 1.820,9 GBq señalada por el grupo técnico asesor es solo un posible escenario de cumplimiento pero no el único y no admitiéramos el reconocimiento implícito que tal afirmación contiene en cuanto a la adecuación de aquella cifra de actividad, tampoco se aprecian por este Tribunal los errores imputados al informe técnico del citado grupo asesor:

1. Respecto al error en el contenido de las dosis por asumir que las 25.000 dosis de FDG han de ser de 10 mCi, hemos de partir de que el grupo técnico asesor ha efectuado un cálculo de actividad que se necesita fabricar utilizando uno de los escenarios posibles -como reconoce la propia recurrente- partiendo de la realidad que ha estimado más frecuente en la práctica asistencial -donde las dosis de 5 mCi representan un porcentaje muy bajo del total, siendo posible que haya días donde el 100% de las dosis suministradas sean de 10 mCi- y manejando parámetros del modo menos perjudicial para AAA (contemplado envíos directos a cada hospital y no una ruta que pase por varios en la que tendrían que efectuarse varias paradas con incremento de los tiempos de transporte, no teniendo en cuenta posibles contingencias en la producción - como averías en el ciclotrón, lotes fallidos o con retrasos en su salida- ni posibles picos de demanda asistencial que pudieran requerir un suministro de mayor número de dosis).

2. Por otro lado, la recurrente, con apoyo en el informe que adjunta, alega que la capacidad productiva que exigen los pliegos para atender el consumo anual estimado del Servicio Andaluz de Salud es 1.148,2 GBq diarios y no 1.820,9 GBq, razón por la que cumpliría con la solvencia técnica exigida en los pliegos. Al respecto, manifiesta que cuando el grupo técnico asesor convierte la “actividad recibida” en “actividad que se necesita aplicar” mediante la fórmula de desintegración radioactiva, añade para su cálculo 73 minutos (1,22 horas) al tiempo total de transporte considerado en el propio informe.



Pues bien, ese tiempo adicional no se señala expresamente como erróneo en el recurso, sino más bien como injustificable. En cualquier caso, la explicación a esos 73 minutos adicionales se encuentra implícita en el propio informe del grupo técnico asesor obrante en el expediente donde se indica que *“estos radiofármacos tienen una vida media muy corta (110 minutos). Es decir, que la actividad de la dosis producida en el ciclotrón va decayendo en forma logarítmica, en función del tiempo que transcurre entre la fabricación y la administración, según la siguiente fórmula:*

$$\text{Actividad final} = \text{Actividad inicial} \times$$

Eso significa que hay que calcular, de forma precisa, la actividad con la que debe producirse cada dosis en el ciclotrón, para que cuando sea entregada en el centro del SAS de destino tenga la actividad establecida en los pliegos”. Quiere ello decir que cualquier tiempo que no se tenga en consideración condiciona grandes diferencias en la actividad calculada.

Como señala el documento de consideraciones técnicas al recurso, hay varias etapas en el proceso de fabricación de 18 FDG (producción del isótopo 18-F en el ciclotrón, síntesis del radiofármaco 18-FDG en el correspondiente módulo de síntesis y paso del radiofármaco del módulo de síntesis al de dispensación para su posterior fraccionamiento en los distintos viales con las dosis requeridas) y desde el primer momento de la síntesis se pierde actividad debido al factor tiempo, de ahí la importancia de calcular adecuadamente este último, siendo los 73 minutos extra el tiempo transcurrido desde que acaba la síntesis hasta que los viales están llenos con las correspondientes dosis, se acondicionan en sus embalajes, se les proporciona un blindaje para su debido acondicionamiento en el transporte y se cargan en el vehículo.

Por último, la recurrente se centra en las diferencias entre el escenario simulado por el grupo técnico asesor y el escenario que ella contempla en el informe adjunto que, según señala, estriban en una diferente distribución de entregas, pero manteniendo las mismas dosis diarias totales para cada hospital, empezando las entregas a las 8:00 y facilitando a cada uno de los hospitales adscritos a la licitación disponer de una dosis cada 40 minutos desde las 8:00 hasta las 19:00 horas. Frente a ello, las consideraciones técnicas al recurso remitidas por el órgano de contratación ponen de manifiesto que AAA plantea un nuevo cálculo de la actividad que se necesita fabricar donde se muestran datos que sobrepasan la capacidad máxima por síntesis efectiva que declaró en su oferta inicial, y que parece confundir los tiempos de calibración de las dosis con el hecho de que tengan que estar disponibles cada 40 minutos para su administración.



En definitiva, siendo la materia enjuiciada de carácter eminentemente técnico aun referida a la determinación del nivel de solvencia técnica exigido en la licitación, se requería un juicio de valor de personas de la Administración contratante con alta especialización para determinar si la ahora recurrente cumplía y acreditaba el nivel de solvencia establecido en el PCAP.

El grupo técnico asesor del Servicio Andaluz de Salud, que emitió el informe de 12 de diciembre de 2019 sobre el que la mesa de contratación sustenta la exclusión de la recurrente, estaba formado por cuatro personas a quienes, por sus puestos de trabajo, se les presume la cualificación y especialización necesaria; a saber, dos Responsables de la Unidad de Radiofarmacia de dos centros hospitalarios y un Jefe de Servicio y otro de Sección, ambos de Medicina Nuclear, de dos hospitales diferentes. De acuerdo con constante doctrina jurisprudencial y de los tribunales de recursos contractuales antes invocada, el juicio técnico de este personal especializado goza de una presunción iuris tantum de acierto y razonabilidad que, en este caso y a juicio del Tribunal, no ha sido desvirtuada por la recurrente, quien no ha demostrado error patente y manifiesto, falta de motivación ni arbitrariedad en aquel razonamiento técnico de la Administración.

En tal sentido, los argumentos del recurso suponen una apreciación técnica alternativa en el cálculo de la actividad que se necesita fabricar para satisfacer el consumo anual estimado de dosis de 18 FDG, que no puede prevalecer sobre la emitida por la Administración al no evidenciarse en esta última un error ostensible y manifiesto. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de septiembre de 2009 (Roj: STS 5625/2009) señala que *“(...) la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que solo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”*. La doctrina expuesta en la citada resolución judicial es constante y reiterada, como lo demuestra la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 180/2020, de 12 de febrero (Sala de lo Contencioso-Administrativo) -Roj: 437/2020- que se pronuncia en idénticos términos.

Por cuanto antecede, el recurso debe ser desestimado.



OCTAVO. Mediante otrosí, la recurrente solicita en su escrito de impugnación apertura de un periodo de prueba a fin de que se dirija oficio a la Sociedad Española de Radiofarmacia para que nombre un perito que emita un dictamen en el que, a la vista de los pliegos, la oferta presentada por AAA, las aclaraciones solicitadas del informe del Grupo Técnico Asesor y el presente recurso especial en materia de contratación junto a la documentación que lo acompaña, se pronuncie sobre:

- a) si AAA dispone de la capacidad productiva exigida en los pliegos y
- b) si el informe del Grupo Técnico Asesor incurre en error.

Al respecto, el artículo 56.4 de la LCSP dispone que *“Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del periodo de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.*

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”.

Este Tribunal no considera necesaria la prueba pericial solicitada al haber quedado suficientemente ilustrado por las partes acerca de los hechos y circunstancias en que se ha fundado la exclusión de la entidad recurrente y estimar que el grupo técnico asesor que emitió el informe de 12 de diciembre de 2019 está compuesto por personas que, por el cargo o nombramiento que ostentan, gozan de la cualificación y especialización necesarias para llegar a las conclusiones vertidas en el mismo y son conocedoras directas de la realidad de la práctica asistencial en su ámbito específico de actuación.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo reseñada en el párrafo anterior, *“(…) a través de los medios probatorios pretendidos y denegados por la Sala de instancia se pretendía llevar a cabo una calificación o valoración alternativa a la del tribunal del procedimiento, lo que a todas luces sobrepasaba los límites al control de la discrecionalidad técnica”.* En el presente recurso, la recurrente ya ha aportado un informe pericial de parte para sustentar sus alegatos, sin que resulte necesario incidir sobre extremos que, a juicio de este Tribunal, ya han sido tratados de modo suficiente en este procedimiento.

Procede, en consecuencia, rechazar la prueba pericial propuesta por AAA.



NOVENO. Finalmente, AAA ha presentado con posterioridad escrito de recurso especial contra la resolución del órgano de contratación en la que se acordó, hasta conocer el pronunciamiento de este Tribunal en el recurso aquí examinado, la suspensión del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco en todos sus lotes. En concreto, la recurrente ha sido adjudicataria del lote 5 y estima que la suspensión acordada por el órgano de contratación es un acto de trámite de los previstos en el artículo 44.2 b) de la LCSP que origina un grave perjuicio a sus derechos e intereses legítimos, al no poder formalizar ni iniciar la ejecución del contrato respecto a dicho lote.

Al respecto, sin perjuicio de que procedería la inadmisión del citado recuso por no ser la resolución impugnada un acto de trámite cualificado del artículo 44.2 b) de la LCSP que origine perjuicio irreparable a la recurrente la cual sigue siendo adjudicataria del lote 5, la resolución del recurso analizado en la presente resolución produce *ex lege* el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación del lote 3 y deja sin efecto, conforme al tenor de su parte dispositiva, la suspensión acordada por el órgano de contratación respecto al resto de lotes. Por tal razón, la finalidad pretendida por AAA al recurrir la citada suspensión queda satisfecha con el dictado de esta resolución y ello excusa a este Tribunal de la tramitación y resolución del nuevo recurso que, además, abocaría necesariamente a su inadmisión.

En cualquier caso, a los efectos de su solo conocimiento, debe darse traslado al Servicio Andaluz de Salud y a la entidad interesada en el procedimiento, CURIUM, de este segundo escrito de recurso presentado por AAA.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADVANCED ACCELERATOR APPLICATIONS IBERICA, S.L.U.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de tracto sucesivo y fabricación de radiofármacos,



así como el mantenimiento del equipamiento, de las instalaciones de las unidades de RF y la gestión de los residuos radioactivos generados”, respecto al lote 3, convocado por el Servicio Andaluz de Salud (Expte. 2204/2019).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto al lote 3, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 18 de febrero de 2020.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Dar traslado, a los efectos de su solo conocimiento, al Servicio Andaluz de Salud y a la entidad interesada en el procedimiento del escrito de recurso de AAA contra la resolución del órgano de contratación por la que se acuerda la suspensión del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco en todos sus lotes.

QUINTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

