

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

En Madrid, a 26 de marzo de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don A.P.B., y Don J.R.M., en nombre y representación de Iba Molecular Spain S.A. y Molypharma S.A. contra la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de fecha 24 de enero de 2014 por la que se adjudica el contrato P.A. 20/2012 “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear: Fludesoxiglucosa 18F (18-FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21 y 25 de febrero de 2013, se publica en el BOE y en el BOCM, respectivamente, la convocatoria pública para la adjudicación del contrato de “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear. Fludesoxiglucosa, 18F (18 FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar con pluralidad de criterios, y con valor estimado de 4.750.590 euros.

De acuerdo con lo dispuesto en el punto 1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el contrato tiene por objeto la adquisición de “Material radioactivo para Medicina Nuclear: Fludesoxiglucosa (18-FDG) viales multidosis” con destino a los siguientes hospitales del Servicio Madrileño de Salud: Hospital Clínico San Carlos, Hospital Universitario de Getafe, Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda; Hospital Universitario 12 de Octubre, Hospital Universitario La Paz y Hospital Universitario Gregorio Marañón.

El Anexo I del PCAP establece para acreditar la solvencia técnica en los términos del artículo 77 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre TRLCSP, apartado/s: a), b), c) y f), los siguientes criterios de selección: “*Declaración responsable del licitante que indique que durante el año anterior el laboratorio ha producido al menos una cantidad de FDG igual o superior a la licitada*” (140.550 milicurios).

Por otro lado en el apartado 8 b) del indicado anexo I se establece, entre otros, el siguiente criterio de valoración, de carácter técnico:

2.2. Número módulos de síntesis propios de 18-FDG. Hasta 5 puntos:

2.2.1. > 6 módulos de síntesis de FDG. 5 puntos.

2.2.2. = 6 módulos de síntesis de FDG. 0 puntos.”

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cuatro licitadoras entre ellas la recurrente, según certificado del Sermas que obra en el expediente administrativo.

Con fecha 31 de mayo de 2013, la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria del Sermas, resolvió adjudicar el contrato a la empresa Petnet Soluciones S.L. por importe de 1.293.622,20 euros, siendo clasificada en segundo lugar las empresas en

compromiso de UTE IBA Molecular Spain-Molypharma S.A. (en adelante Iba-Molypharma).

La empresa Instituto Tecnológico Pet interpuso recurso especial en materia de contratación contra la indicada Resolución el día 27 de junio de 2013, alegando que la adjudicataria Petnet Soluciones, carecía del requisito de solvencia económica y técnica exigido en el PCAP y que las empresas Iba Molecular Spain S.A. y Molypharma S.A. ahora recurrentes que concurrían en compromiso de UTE, tampoco alcanzaban la solvencia técnica exigida.

Dicho recurso se estimó parcialmente mediante Resolución 111/2013 de 24 de julio, en la que se indicaba respecto de Petnet soluciones que *“procede retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la admisión de los licitadores procediendo la exclusión de la adjudicataria por carecer de la solvencia exigida en el PCAP”*, y respecto de Iba Molecular Spain S.A. y Molypharma S.A. se desestimaba el recurso. En concreto se afirmaba en el recurso que dichas empresas no disponían de la solvencia técnica exigida, y por otro lado en relación con los criterios de adjudicación que no disponían tampoco de más de seis módulos de síntesis por los que se le asignaban 5 puntos.

La desestimación del recurso se fundaba respecto de esta última cuestión en que la cantidad de módulos de síntesis con que cuentan las licitadoras, resulta acreditada mediante las facturas de compra y el plano de la instalación que disponen de siete módulos de síntesis en la instalación de Ajalvir, por lo tanto uno más de los requeridos, y respecto de la falta de solvencia apreciada, basada en una presunción, se consideraba que al destruirse la premisa de la fecha de inicio de las actuaciones de la planta productora, no podía estimarse dicha pretensión *“sin perjuicio de las facultades de comprobación que corresponden al órgano de contratación”*.

Tercero.- El día 5 de agosto en cumplimiento de la Resolución 111/2013 la Mesa de contratación acordó realizar la comprobación de la documentación presentada por las empresas ahora recurrentes y en concreto:

- a) *“Solicitar la Agencia Española del Medicamento certificado que permita verificar los módulos de síntesis propios de los que disponen y que se encuentran afectados a la producción de 18-Afdg.*
- b) *Solicitar una relación detallada de los suministros de dosis de 10 mCi en el momento de la calibración hospitalaria fabricados y remitidos desde la planta de Ajalvir y suministrados a los Centros Sanitarios, con especificación de las fechas cantidad y Centro suministrado”.*

El día 8 de agosto de 2013 se requirió a la recurrente para que en el plazo de 5 días aportase *“Relación detallada de los suministros de dosis de 10 mCi (en el momento de la calibración hospitalaria) fabricados y remitidos desde la planta de Ajalvir y suministrados a los centros sanitarios (con especificación de las fechas, cantidades y centro suministrado)”.*

En cumplimiento de dicho requerimiento el día 12 de agosto la recurrente presentó un escrito en el que se indicaba que *“la declaración responsable presentada por Ibamolypharma relativa a la producción de FDG hacía referencia, tal y como se solicitaba en los pliegos del concurso, a la cantidad de 18-FDG y no al nº de dosis”.* No obstante se ofrece información de las dosis de 10 mCi de FDG fabricadas y remitidas desde la planta de Ajalvir a diversos centros sanitarios en 2012, información que se califica como estrictamente confidencial. Dicho documento se aporta junto con el escrito de recurso.

Se informa también en dicho escrito que *“según consta en los informes periódicos remitidos al Consejo de Seguridad Nuclear, la cantidad total de FDG entregada a dichos Centros durante el año 2.012 fue de 205.289,71 mCi, superior a los 140,559 mCi demandados en el procedimiento 20/2012 objeto de esta solicitud.”*

Por otro lado la Subdirección General de Compras de Farmacia y productos sanitarios elaboró un informe fechado el 16 de agosto de 2013, en el que se hace constar que habiéndose solicitado a la Agencia Española del Medicamento, certificado del número de módulos de síntesis autorizados para la fabricación de FDG en las instalaciones de Ajalvir, el 13 de agosto se recibe contestación en la que se indica que el número de módulos autorizados es de cuatro *“dos celdas de síntesis, dotada cada una de ellas con un módulo de síntesis doble. Por lo tanto su puntuación en el apartado 2.2 relativo al número de módulos de síntesis sería de 0 puntos, al no disponer de más de 6 módulos de síntesis”*.

Asimismo se recoge en dicho informe el número de dosis suministradas por la recurrente que asciende a un total de 7.542 dosis. Se añade en dicho informe que *“En la página 35 del pliego se indica la cantidad de FDG licitada, haciendo claramente la observación de que la unidad de adquisición es 10 mCi en el momento de la calibración hospitalaria (...). Esto es así porque la 18-FDG es un medicamento radioactivo que se va “descomponiendo” de forma muy rápida con el tiempo. Es por ello que aunque desde las instalaciones se suministre un vial con, por ejemplo 500 mCi, cuando llegue al hospital (según la distancia a la que se encuentre y el tiempo que haya transcurrido) puede haber 100 ó 200 mCi. Es por ello que se especificaba con claridad en el PCAP que la cantidad era en dosis (la dosis es de 10 mCi) en el momento de la entrada en el hospital.*

De la documentación aportada por Iba-Molipharma se desprende que las dosis suministradas son inferiores a las incluidas en la licitación y por lo tanto no cumpliría con uno de los criterios de solvencia técnica especificados en la página 36 del PCAP”.

Mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2013 se traslada a las ahora recurrentes el informe de la Subdirección General de Compras de Farmacia y productos sanitarios de 16 de agosto de 2013, en el que se recogen las

conclusiones respecto de las dos cuestiones planteadas, de un lado que en el criterio de valoración habría que dar 0 puntos a Iba-Molypharma al no disponer de más de 6 módulos de síntesis, y que la misma no tenía la solvencia técnica solicitada en cuanto a la producción de multidosis.

El día 9 de septiembre Iba-Molypharma realiza alegaciones al informe antes citado, comprendiendo las mismas las dos cuestiones controvertidas. Así interesa destacar de dichas alegaciones por lo que respecta a los módulos de síntesis que *“La instalación de Iba-Molypharma dispone de un total de siete módulos de síntesis propios de 18-FDG, es decir, un número superior a seis, lo que da derecho a obtener 5 puntos, según los citados pliegos del Expediente PA 20/2012. Se aportan las facturas de compra correspondientes a esos módulos en las que para mantener la debida confidencialidad se ha procedido a ocultar la información del precio” (...).* Aporta documentación con el objeto de acreditar tales afirmaciones.

Respecto de la acreditación de su solvencia técnica manifiesta *“Que Iba-Molypharma cumple sobradamente los criterios de solvencia técnica en concreto el especificado en la página 36 del PCAP, que dice que “durante el año anterior el laboratorio ha producido al menos una cantidad de FDG igual o superior a la licitada”. La cantidad de FDG “producida” en 2012 en Ajalvir fue de 2.237.475,14 milicurios, muy superior a la demandada en los pliegos del concurso. Así mismo la cantidad “entregada” a los usuarios fue de 205.289,71 milicurios, igualmente superior a la licitada. No puede considerarse el número de dosis suministradas en hospitales fuera de Madrid como indicador de la capacidad de producción, ya que la distancia y el tiempo transcurrido al lugar de suministro condicionan ese número.”*

A la vista de estas alegaciones se realiza nuevo informe el 29 de noviembre de 2013 en el que se concluye:

“1- La nota emitida por la agencia no confirma la declaración efectuada por la empresa de que presenta seis módulos de síntesis.

En la misma línea que la nota remitida por correo electrónico el 13 de Agosto (Anexo I) se identifican tan sólo dos módulos de síntesis. Se identificaron otros módulos de síntesis no cualificados ni en uso, significando la Agencia que la puesta en funcionamiento de cualquier nuevo módulo deber ser autorizada por dicha Agencia y que no se ha recibido al respecto ninguna comunicación.

2.- El certificado del consejo de Seguridad Nuclear constata que la actividad de FDG entregada fue de 206.181 mCi. Esta cifra es distinta a la manifestada por la empresa en sus alegaciones de 9 de septiembre (205.289,71 mCi).

No se ha encontrado bibliografía ni documentación que permita establecer de forma precisa la correspondencia entre la actividad de los 206.181 mCi entregada y las unidades de adquisición de 10 mCi en el momento de la calibración hospitalaria que figuran en el Pliego de contratación. Por ese motivo se solicita informe técnico a un especialista en radiofarmacia del Hospital La Paz que ha colaborado en los PPT y que se adjunta (Anexo III). De dicho informe se desprende que no es posible asumir que la cantidad producida 2.237.475,14 sea equivalente a 223.747,5 dosis y que no existe un método que pueda establecer su equivalencia en dosis de 10 mCi.

Por lo tanto el certificado del Consejo de Seguridad Nuclear no permite reconocer que la UTE haya acreditado la solvencia técnica exigida en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

En sesión de 5 de diciembre de 2013 se acuerda estudiar los indicados informes al objeto de tomar una decisión, elevándose propuesta de adjudicación a favor de la empresa Instituto Tecnológico Pet S.A.U. en sesión de la Mesa de

contratación del día 20 de diciembre de 2013, a quien finalmente se adjudicó el contrato el 24 de enero de 2014.

Cuarto.- Debe destacarse que, antes de la exclusión de la oferta de la recurrente por falta de acreditación de la solvencia técnica, todas las licitadoras obtuvieron la máxima puntuación en los criterios técnicos, 30 puntos.

Quinto.- Con fecha 13 de febrero de 2014 las empresas Iba Molecular Spain S.A. y Molypharma S.A. han interpuesto recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato, requiriéndose al órgano de contratación ese mismo día para que remitiese el expediente administrativo y el informe a que hace referencia el artículo 44.2 del TRLCSP, que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el día 21 de febrero.

En el recurso interpuesto se aduce que la recurrente cumple el criterio de solvencia técnica establecido en los pliegos, explicando detalladamente esta conclusión, para lo que además de determinada documentación acompaña un informe pericial, del que se dará cuenta al examinar la cuestión de fondo. Considera que la exclusión de las empresas recurrentes supone una infracción de los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación. Sin embargo no se realiza alegación alguna respecto del número de módulos en funcionamiento que constituían uno de los criterios de adjudicación del contrato, al que se asignaba 5 puntos.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que, al ser un contrato de suministro, *“lo que importa al interés público es que la adjudicataria tenga la solvencia técnica suficiente, no para producir un número de viales multidosis, sino para suministrarlos en el momento de calibración hospitalaria. No olvidemos que los contratos de suministro son los que tienen por objeto la adquisición de productos o bienes muebles, por lo que si a juicio de los técnicos, una vez pedidos informes a*

Agencia Española del Medicamento, al Consejo de Seguridad Nuclear y a técnicos de la Consejería de Sanidad, las licitantes no cumplen con el mínimo de unidades de adquisición de 10mCi en el momento de la calibración hospitalaria establecido en el pliego, se debe estimar que no han acreditado su solvencia técnica” (...) para concluir que (...) “al tratarse de un contrato de suministro cuyo rasgo principal es que el producto sea puesto a disposición de la administración en unos centros hospitalarios determinados, es primordial que se asegure que, tal y como se especificó con claridad en el PCAP la cantidad a suministrar es en dosis (la dosis es de 10 mCi) en el momento de la entrada en el hospital. Pues sería contrario al interés público, reconocer solvencia a una empresa con una capacidad de producción muy alta, pero que no garantizara el suministro de las cantidades requeridas por la Administración en los centros hospitalarios”.

Sexto.- Con fecha 24 de febrero se concedió a la otra empresa interesada trámite de audiencia, habiendo tomado vista del expediente y formulado alegaciones el día 28 siguiente. En dicho escrito de alegaciones se indica que en el momento de presentar su oferta la recurrente solo disponía de dos módulos dobles de síntesis autorizados en lugar de disponer de los más de 6 que declaró poseer y que tampoco cumplía los requisitos de solvencia técnica por lo que se refiere a su capacidad de producción, partiendo de la consideración de que no existe identidad plena entre la cantidad de producción y las dosis producidas, como se explica pormenorizadamente.

Séptimo.- Con fecha 5 de marzo de 2014, este Tribunal acordó ampliar el objeto del recurso a la cuestión relativa al otorgamiento de 5 puntos a la oferta de la recurrente en relación con el criterio de adjudicación del Anexo I, apartado 8 b) del PCAP, 2.2. “Número módulos de síntesis propios de 18-FDG”, concediendo plazo a todos los interesados para que realizaran las alegaciones que tuvieran por conveniente al respecto.

En cumplimiento de dicha Resolución el día 12 de marzo la recurrente presentó escrito de ampliación del recurso manifestando en primer lugar que el Acuerdo de este Tribunal parte de una premisa errónea cual es la de considerar que la asignación de 5 ó 0 puntos a su oferta, según pudiera acreditar que disponía de más de 6 módulos de síntesis, sería decisiva en relación con la puntuación final puesto que al retrotraer el procedimiento y volver a valorar una vez excluida la oferta de Petnet soluciones, la ponderación del criterio precio arrojaría la siguiente puntuación: Advanced Accelerator Applications Ibérica S.L. 80,60 puntos, Instituto Tecnológico Pet 94,80 puntos, correspondiendo a su oferta 95 puntos.

Sentado lo anterior y en relación con la ampliación del objeto del recurso afirma que sí que tiene los indicados módulos de síntesis como acredita con la documentación que acompaña.

Dado traslado de dichas alegaciones al órgano de contratación, y al resto de interesados, con fecha 19 de marzo de 2013 se recibe informe acompañado del expediente completo. En dicho informe se concluye que la actuación del órgano de contratación y de la Mesa de contratación fue en todo momento ajustada a derecho, dando cumplida explicación de la cuestión atinente a la acreditación de los módulos de síntesis, que puede resumirse señalando que los módulos cuya adquisición acredita la recurrente no tienen por qué coincidir con los que se encuentran en funcionamiento y autorizados para la fabricación del medicamento por la Agencia, puesto que pueden ser utilizados para otros usos. Se indica asimismo que la Agencia remitió un correo firmado por el Departamento de Inspección y control de Medicamentos en el que se indica “... *en la sala de producción de las citadas instalaciones existen dos celdas de síntesis, dotada cada una de ellas con un módulo de síntesis doble*”.

Por su parte la empresa Instituto Tecnológico Pet en escrito presentado el día 26 de marzo de 2014 afirma que el órgano de contratación puntúa disponer de un

número de módulos de síntesis superior a 6 que, a su vez, deben estar en plenas “condiciones de uso” y con “los certificados de autorización” de modo que se valora que el licitador tenga los medios necesarios para asumir la producción máxima en un día de mucha actividad, si bien aduce que Iba-Molypharma solo disponía de dos módulos de síntesis, autorizados en el momento de presentar su oferta. Sentado lo anterior respecto de la ampliación del objeto del recurso aduce la alegante que la misma no puede limitarse al criterio de puntuación sino que debe centrarse en valorar la veracidad de la información declarada responsablemente por la recurrente. De esta forma acreditado que Iba-Molypharma no disponía de los módulos de síntesis que decía tener, conscientemente, presentó a la licitación una declaración responsable cuyo contenido no se adecuaba a la realidad, motivo que debe conducir a acordar la exclusión de la oferta del recurrente, citando para ello lo dispuesto en el 71.bis apartado 4 de LRJPAC y una Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de las recurrentes para interponer recurso especial por tratarse ambas de personas jurídicas licitadoras al contrato objeto de impugnación, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada se

notificó a la recurrente el 28 de enero de 2014 y el recurso se interpuso el 13 de febrero de 2014.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- Procede por tanto entrar a analizar la adecuación a derecho de la exclusión de las recurrentes por falta de acreditación de su solvencia técnica.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En este caso el PCAP tal y como más arriba se recoge exigía como solvencia técnica a los licitadores *“Declaración responsable del licitante que indique que durante el año anterior el laboratorio ha producido al menos una cantidad de FDG igual o superior a la licitada”* (140.550 millicurios), sin especificar que a tal efecto se consideraría el formato de entrega. Dicha forma de entrega constaba en el punto 3 del Anexo I del PCAP, *“La unidad de adquisición es 10 mCi (millicurie) en el momento de la calibración hospitalaria”* y en el PPT, en concreto en los puntos A.3 *“La presentación será multidosis”*, y B.6 *“Se garantizará el envío de 2 mCi*

adicionales por cada unidad de adquisición (10 mCi), como margen de seguridad para la manipulación requerida en la dosis final”.

Tal y como consta en el expediente la recurrente declara una producción de de 205.289,71 mCi, resultando acreditado mediante certificado del Consejo de Seguridad Nuclear que la actividad de FDG entregada por la recurrente fue de 206.181 mCi, en ambos casos superior a la cantidad objeto del contrato, de 140. 559 mCi, por lo que en principio parece que la recurrente sí que acredita la solvencia técnica exigida. Ahora bien, el objeto del recurso se centra en la discrepancia relativa a la forma de interpretar el requisito de solvencia exigida, puesto que mientras que para la recurrente lo que debía acreditarse era la cantidad de 18 FDG producida, el órgano de contratación entiende que debía acreditarse la entrega de dicha cantidad en dosis de 10 mCi en el momento de calibración hospitalaria, al ser este el objeto del contrato, cantidad que como se ha expuesto y queda probado en el expediente mediante los informes incorporados al mismo, no tiene por qué coincidir con la efectivamente producida por el efecto de “*decay*”, o degradación que caracteriza al 18 FDG. Aplicando este último criterio, la cantidad de producto que las recurrentes acreditan haber suministrado según informe Técnico del Especialista de Radiofarmacia del Hospital la Paz, solo alcanzaría a 7.542 mCi.

No cabe confundir dos conceptos distintos en este contrato, de un lado su objeto que incontrovertidamente es el suministro de 14.055 dosis de 10 mCi en el momento de inyección o calibración hospitalaria, con la solvencia cuya acreditación se exige consistente en la producción de cantidad de FDG igual o superior a la licitada (140.550 milicurios), en los términos literales del PCAP.

Como es sabido la exigencia de acreditación de determinada solvencia técnica tiene por objeto probar “*Las capacidades técnicas de los operadores económicos*” en relación con el objeto del contrato, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 48.2.a.ii) de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre

coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios, del que el artículo 77 del TRLCSP es una transposición casi literal.

Sin embargo, en este caso hay una diferencia entre el objeto del contrato tal y como aparece definido en el PCAP y PPT y la redacción del PCAP en cuanto a la acreditación de la solvencia se refiere, puesto que si bien resulta claro que el objeto del contrato es el suministro de dosis de 10 mCi en el momento de la calibración, lo cierto es que se exige acreditar una producción al menos de 140.550 milicurios de FDG. Esta discordancia además no es baladí puesto que la cantidad de producción entregada depende del destino final de la entrega y lógicamente aquellos productores que hayan suministrado previamente en Madrid podrán acreditar con la misma producción más cantidad a entregar. Así en este caso la recurrente acredita mediante certificado del Consejo de Seguridad Nuclear de 5 de octubre de 2013 que la actividad entregada de FDG en el año 2012 fue de 206.181 mCi, sin embargo esta cantidad según se desprende de la información facilitada por la propia recurrente se traduce en 7.542 mCi en dosis, entregadas en Hospitales a gran distancia de la planta de Ajalvir, como Cartagena, Elche, Valencia, o Tenerife.

Ante esta discordancia, este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones, como en la Resolución 56/2011, de 19 de septiembre, que la exclusión de un licitador derivada de una interpretación de una cláusula del pliego que permite diversas interpretaciones, conculca el principio de concurrencia competitiva antes citado, al aplicar también al ámbito de la contratación pública, tal y como entre otras previene la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados: *“En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que: “las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el*

sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749, recurso. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta “la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas”.

Desde esta óptica este Tribunal considera que debe estimarse el recurso admitiendo la oferta de las recurrentes, en tanto en cuanto acreditan la solvencia estrictamente requerida en el pliego.

Sexto.- Dado que este Tribunal acordó ampliar el objeto del recurso a la valoración de los criterios de adjudicación debe también pronunciarse sobre tal cuestión.

A este respecto si bien la recurrente aporta documentación acreditativa de la disposición de más de seis módulos de síntesis propios, el PCAP exige que se trate de módulos de síntesis propios de 18 FDG, esto es aptos para la producción del medicamento indicado cuyo suministro es objeto del presente contrato. Para ello, como explica el órgano de contratación en su informe de 13 de marzo de 2014, es preciso que tales módulos estén autorizados para la fabricación del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 824/2010, de 25 de junio por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación. Para acreditar tal circunstancia por parte de la recurrente se solicitó de la Agencia Española de Medicamentos, datos sobre la autorización de los módulos. Se indica asimismo que la Agencia remitió un correo firmado por el Departamento de Inspección y Control de Medicamentos en el que se indica “... en la sala de

producción de las citadas instalaciones existen dos celdas de síntesis, dotada cada una de ellas con un módulo de síntesis doble”.

1.-“...en las celdas 4 y 5 figuran dos módulos para la síntesis de FDG en uso, junto con otros dos equipos... ubicados en sendas celdas 1y 2 cuya función declarada es “síntesis de diversos radiofármacos”, en el momento de la inspección estos dos últimos módulos no se encontraban cualificados, ni en uso, y no se ha recibido con posterioridad ninguna comunicación respecto a la validación y puesta en funcionamiento de los mismos”.

2.- “...la puesta en funcionamiento de cualquier nuevo módulo debe ser autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Es por ello que en el informe Técnico de fecha 7 de noviembre se indica que En la misma línea que la nota remitida por correo electrónico el 13 de Agosto (anexo I) se identifican tan solo dos módulos de síntesis. Se identificaron otros dos módulos de síntesis no cualificados ni en uso significando la Agencia que la puesta en funcionamiento de de cualquier nuevo modulo debe ser autorizada por dicha Agencia y que no se ha recibido al respecto ninguna comunicación”.

Considera este Tribunal que la recurrente si bien disponía de módulos de síntesis, como consta en las facturas de compras que aporta, no puede acreditar sin embargo que dichos módulos fueran aptos para la producción de FDG 18, como exige el PCAP para otorgar cinco puntos a la oferta.

Alega la empresa Instituto Tecnológico Pet, como más arriba se ha recogido, que la oferta de la recurrente debería ser excluida al contener una declaración falsa, relativa al número de módulos de síntesis, debiendo haber conocido tal falsedad la recurrente como operadora en el mercado objeto del contrato. A este respecto cabe señalar que siendo cierto que Iba-Molypharma no ha podido acreditar que tenía los seis módulos requeridos para la obtención de 5 puntos, ello no implica necesariamente falsedad en la declaración, ya que sí acredita tener los seis módulos

aunque no autorizados, de manera que en principio tal declaración pudiera obedecer más que a una falsedad a una interpretación del PCAP más acorde con sus intereses. En todo caso frente a pretendida procedencia de la exclusión al contener la declaración alguna falsedad, debe señalarse que la normativa en materia de contratos y el propio pliego ya establecen, una consecuencia a la falta de acreditación de la tenencia de un elemento susceptible de valoración, cual es la asignación de 0 puntos. Caso distinto sería si se tratara de un requisito de solvencia o capacidad, pudiendo incluso dar lugar a la tramitación del procedimiento para declarar una prohibición de contratar en los términos del artículo 60.e) del TRLCSP. Por su parte no es la Sentencia del Tribunal Supremo que cita la recurrente la que contiene un pronunciamiento relativo a la falsedad de las declaraciones, sino la Sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 20.195, de 17 de octubre de 2008, que casa y que contiene tal argumentación, pero no en su parte dispositiva sino en sus pronunciamientos *obiter dicta*, y recogiendo además la declaración de los técnicos del órgano de contratación, ante las dos opciones que les cabía, por lo que de la misma no puede extraerse la conclusión de que en el caso de que algunas de las declaraciones relativas a los criterios de valoración no sean veraces, necesariamente debe excluirse la oferta, salvo claro está el supuesto en que no sea posible la valoración debido a la falsedad, lo que deriva de la existencia no de una falsedad, sino de una incoherencia interna en la propia oferta, que en este caso no se produce.

De acuerdo con lo establecido en el PCAP al criterio precio se le asignan 70 puntos de acuerdo con la fórmula $PL=70 \times BL/BM$.

Cabe señalar, no obstante, que tal y como afirma la recurrente, en su escrito de ampliación y ha comprobado este Tribunal, tanto se consideren como no, los módulos de síntesis que tienen las licitadoras, su oferta obtendría la máxima puntuación, superando,-aunque sea mínimamente- a la de la de la adjudicataria. Es

por ello que aceptando dicha consideración, este Tribunal entiende que procede proponer la adjudicación del contrato a la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don A.P.B., y Don J.R.M., en nombre y representación de Iba Molecular Spain S.A. y Molypharma S.A. contra la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de fecha 24 de enero de 2014 por la que se adjudica el contrato P.A. 20/2012 “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear: Fludesoxiglucosa 18F (18-FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, aplicando lo dispuesto en el artículo 47.2 del TRLCSP.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos

meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.