

Recurso nº 255/2020
Resolución nº 270/2020

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 8 de octubre de 2020, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BIOARRAY, S.L., contra el anuncio y los pliegos rectores del contrato administrativo denominado “Servicio integral para la realización de determinaciones analíticas en laboratorios externos para el hospital universitario Ramón y Cajal”, expediente 2019000047/1, cuya entidad adjudicadora es el Servicio Madrileño de Salud - Hospital Universitario Ramón y Cajal, este Tribunal Administrativo ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Los anuncios de licitación se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 9 de septiembre de 2020, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el día 15 de septiembre del mismo. Asimismo, la convocatoria fue publicada en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 4 de septiembre de 2020.

El contrato tiene un valor estimado (101 LCSP), de un millón trescientos noventa y ocho mil seiscientos noventa y siete euros con sesenta céntimos (1.398.697,60 euros) y por tanto está sujeto a regulación armonizada.



Segundo.- En fecha 2 de julio de 2020, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dictó Resolución nº 153/2020, estimando el recurso interpuesto por la mercantil BIOARRAY, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del expediente 2019000047 tramitado en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, para llevar a cabo el Servicio integral para la realización de determinaciones analíticas en laboratorios externos. En aquella Resolución uno de los motivos de impugnación estimado era la inclusión en uno de los lotes de una prueba de laboratorio sujeta a derechos exclusivos de comercialización (MammaPrint), la cual impedía la concurrencia de licitadores en igualdad de condiciones y por tanto, vulneraba los principios rectores de la contratación administrativa.

Segundo.- El recurso especial en materia de contratación se presenta el 24 de septiembre en base a:

El único cambio en los nuevos Pliegos sobre los anulados es sustituir la expresión *“MammaPrint”* por *“test multigenético en cáncer de mama de soporte a la decisión terapéutica”*, en el lote 2 (“Genética”) *“que es básicamente lo mismo”*. Esta expresión genérica refiere a tests que solo comercializan laboratorios concretos. Además, prueba de la identidad de razón entre una y otra convocatoria es que se licita la misma cantidad y por el mismo precio.

Se impugna el anexo que contiene la lista de precios del lote 2 y su importe total, según determinaciones analíticas a realizar, que son: fish oncohematológico, test multigénico sic) en cáncer de mama de soporte a la decisión terapéutica, cuatro tipos de pruebas genética molecular y Arrays pre- y postnatal.

Todo ello se contiene en un documento denominado *“listado de determinaciones”* publicado en el perfil del contratante dentro de la llamada



*“documentación preparatoria del contrato”, y que correspondería al Anexo I del PPT:
“las determinaciones analíticas a realizar son las descritas en el Anexo I”.*

Tercero.- El 2 de octubre de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un empresario eventual licitador cuyo objeto social encaja con el propio del servicio y por ello cuyos *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso, administrador único de la sociedad.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se publica el 9 de septiembre y el recurso se interpone el 24 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1. b) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo



valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 44. 2. a) de la LCSP.

Quinto.- En el presente recurso BIOARRAY vuelve a reproducir los argumentos que sirvieron de base para la estimación en la Resolución mencionada en el antecedente segundo sobre limitación de la concurrencia por la inclusión de un producto que solo comercializa un laboratorio. Entonces dijimos:

“En cuanto al segundo motivo del recurso solo por razones de economía procedimental se entra a su valoración. Según el recurrente, una de las pruebas que comprende el Lote 2, denominada ‘MammaPrint’, sólo puede realizarse por un operador económico dado que ostenta la distribución en exclusiva en España y Portugal de dicha prueba, por lo que estima que su inclusión en dicho Lote 2 junto a otras pruebas que otros muchos licitadores pueden prestar, impide una competencia efectiva en condiciones de igualdad y no discriminación, impidiendo a todo aquél que no disponga de dicha prueba poder resultar adjudicatario.

Según el órgano de contratación ‘las condiciones del concurso permiten la subcontratación de las pruebas que no estén disponibles para el proveedor. Es decir, los proveedores podrán subcontratar esta prueba’.

Este razonamiento no es de atención si es una prueba cuyos derechos en exclusiva tiene un distribuidor. Si es una cesión de derechos en exclusiva no hay subcontratación posible.

Tampoco si no se justifica la necesidad de esta prueba, sino que se afirma que es la que proporciona unos mejores resultados: ‘se ha incluido ‘Mammappoint’ porque es la plataforma mayormente utilizada por el hospital y que todas las plataformas actuales son exclusivas: Oncotype, Endopredict, PAM50, Prosigna, etc.’. ‘Entre las plataformas disponibles destacan Mammappoint y Oncotype con un nivel de evidencia IA aunque únicamente en el caso de Mammappoint se ha realizado un estudio prospectivo randomizado con ganglios positivos (1-3) que valida y autoriza su utilización en dicha situación’.



Esto es, Mammaprint no es imprescindible, pero es la que proporciona mejores resultados’.

Expuesta en estos términos, no está justificada la inclusión de la prueba, constituyendo una cláusula restrictiva de la competencia. Si fuera imprescindible y solo existiera un proveedor autorizado para su explotación tendrían que acudir a un procedimiento negociado por exclusividad.

Por estas razones esta cláusula vulnera el principio de concurrencia en su aplicación a las prescripciones técnicas (artículo 126 LCSP):

‘1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia’.

‘6. 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. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención ‘o equivalente’.

Procede la anulación de la referencia a Mammaprint del Anexo (lote 2) del Pliego de Prescripciones Técnicas’.

Argumenta ahora el órgano de contratación:

“Hay que alegar en primer lugar que, para dar cumplimiento a la aceptación del primer recurso, el Servicio de Genética modificó la descripción del nº de orden 2 del Lote nº 2 en el Pliego de Prescripciones y convocó un nuevo expediente, a fin de que pudiera existir competencia en la licitación y no se limitara la concurrencia. Ahora nos encontramos con que nuevamente el recurrente vuelve a plantear otro recurso con la misma cuestión, argumentando además que se licita la misma



cantidad al mismo precio, a lo que hay que alegar que las necesidades del hospital son esas y no otras por lo que no tendría sentido modificar estas cifras.

Con la nueva licitación realizada, existen al menos dos empresas que pueden concurrir para resolver la prueba 'TEST MULTIGENICO EN CÁNCER DE MAMA' de soporte a la decisión terapéutica, como indica el recurrente, por lo que no estaría justificado un contrato de exclusividad.

Por otra parte, ya se alegó en el anterior recurso que al ser laboratorios externos no tienen la obligación de disponer en su cartera de servicios todas las pruebas que el Servicio de Genética necesita para su actividad diagnóstica, ya que pueden subcontratarlas en el caso que fuera necesario.

En cuanto a la inclusión en un único lote las pruebas de genética, hay que poner de manifiesto que lo que está intentando licitar el hospital es el envío de muestras de pacientes a un laboratorio externo privado por la falta de medios propios y por ello la combinación de muchas de las pruebas que hay que realizar (NGS, arrays, FISH, secuenciador Sanger (...)) es necesario, de manera frecuente, solicitarlas para proporcionar el diagnóstico genético-molecular definitivo en un determinado paciente, por lo que realizarlas en el mismo laboratorio minimiza la extracción de varias muestras de material biológico y simplifica la logística de envío y recepción de resultado”.

Expuesto lo que antecede, no concurren las circunstancias que motivaron la anulación de la licitación precedente por infracción del artículo 126 de la LCSP. No existe mención a una marca o a un procedimiento exclusivo de una empresa. Como reconoce el propio recurrente: *“Todas estas pruebas, cuando salen a licitación, se adjudican a sus distribuidores exclusivos, ya sea MammaPrint, ya sean otras (Oncotype DX, que también es de uso generalizado y cuya distribuidora en exclusiva es Palex Medical SA)”*. En el expediente anterior el Instituto de Medicina Genómica SL (IMEGEN), es quien ostentaba la exclusiva distribución de las pruebas MammaPrint, diferente a la actual distribuidora citada por el recurrente (Palex Medical, S.A.). Al menos, según el recurrente, existen dos laboratorios farmacéuticos con productos distintos, comprendidos en la denominación genérica utilizada.



Por esta razón tampoco se justifica la prueba de *“test multigenético en cáncer de mama de soporte a la decisión terapéutica”*, en que sea la mejor en términos terapéuticos, en orden a esa posible limitación de la concurrencia.

El objeto del contrato es la realización de las pruebas analíticas comprendidas en cada lote debiendo el licitador presentar oferta para la totalidad de las mismas, lo que obvia la posibilidad de depender de un solo laboratorio, que para ello debería disponer en exclusiva de todas las pruebas comprendidas en el mismo lote.

Se envían los pacientes a un centro de diagnóstico analítico externo al Hospital para la realización de las pruebas, pudiendo subcontratar aquellas de las que no dispongan. Al comprender al menos dos tipos de distribuidores distintos dentro de la prueba *“test multigénico en cáncer de mama”* el aprovisionamiento o la subcontratación por diversos laboratorios licitadores se encuentra garantizada, así como la competencia por hacerlo.

Procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BIOARRAY, S.L. contra el anuncio y los pliegos rectores del contrato administrativo denominado “Servicio integral para la realización de determinaciones analíticas en laboratorios externos para el hospital universitario



Ramón y Cajal”, expediente 2019000047, cuya entidad adjudicadora es el Servicio Madrileño de Salud - Hospital Universitario Ramón y Cajal.

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 58 de la LCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 09825236459546968561