

Recurso nº 70/2018**Resolución nº 62/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 31 de agosto de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por A.F.G. actuando en nombre y representación de WATERS CROMATOGRAFÍA, S.A. contra la adjudicación del lote 2 de la contratación de suministro sucesivo de diversa equipación de laboratorio para la realización de varios proyectos de I+D+i de la Fundación Centro Tecnológico de la Carne, expediente Nº SUB.-2018/02, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Fundación Centro Tecnológico de la Carne (Fundación CTC, en adelante) convocó la licitación para suministro sucesivo de diversa equipación de laboratorio para la realización de varios proyectos de I+D+i, expediente Nº SUB.-2018/02, publicado en el DOUE el 07.03.2018, donde se expresa un valor estimado de 295.000€.

Segundo.- La Fundación Centro Tecnológico de la Carne es un poder adjudicador. Según el propio expediente de esta contratación, el contrato tendrá la consideración de contrato privado de acuerdo con el artículo 20 TRLCAP. Su preparación y adjudicación está sometida a los pliegos, por las Instrucciones internas de contratación y, en lo no previsto, por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y sus disposiciones de desarrollo así como por la normativa europea de aplicación. Supletoriamente, se aplicarán las normas de derecho privado.

Tercero.- Por resolución del 23.07.2018 del Director Gerente de la Fundación CTC se adjudicó el lote 2 a AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S.L (AGILENT, en adelante).

Cuarto.- El 08.08.2018 WATERS CROMATOGRAFÍA, S.A. (WATERS, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra esta adjudicación del lote 2, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 10.08.2018 se reclamó a la Fundación CTC el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 16.08.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 21.08.2018, presentándose alegaciones por AGILENT.

Séptimo.- El 20.08.2018 el TACGal decide mantener la suspensión automática del artículo 53 LCSP, sobre la adjudicación del lote 2.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- La proposición del recurrente fue el segundo clasificado en el lote 2, por lo que tiene legitimación para recurrir la adjudicación, artículo 48 LCSP.

Cuarto.- En virtud de las fechas descritas, el recurso fue interpuesto en el plazo previsto en el art. 50.1 LCSP.

Quinto.- Dado el valor estimado de este contrato de suministro de un poder adjudicador, y que la actuación recurrida es la de adjudicación es admisible el recurso al amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- El recurrente, WATERS, solicita que se anule la adjudicación del lote 2 a favor de AGILENT, por considerar que su oferta no cumple con las prescripciones técnicas exigidas, tal como inmediatamente desarrollaremos.

Séptimo.- El informe del órgano de contratación presenta argumentaciones de defensa de la actuación impugnada, como ahora se expondrá.

Octavo.- AGILENT defiende que no hay tal incumplimiento alegado, con argumentos como los siguientes.

Sobre el requisito de *“Función programable de automezcla de los cuatro solventes simultáneos para componer tampones en función de pH o molaridad a partir de los disolventes puros”*, destaca que la prescripción pide pH “o” molaridad, y que el equipo ofertado, 1290 Infinity II Flexible/QqQ-6470, cumple con la misma porque:

“La herramienta de software BLEND ASSIST (incluida en la propuesta- tal y cómo se recoge en las págs.. 10 y 11 de la Memoria Técnica /sección 2.2.1) con la bomba 1290 flexible, permite automezclar hasta cuatro solventes simultáneos, para sin necesidad de tener que preparar nuevos tampones, componer tampones (o modificadores) en función de su molaridad, y consecuentemente con distinto pH (dependiendo del pH de las soluciones stock preparadas). Basta definir el factor de dilución de las soluciones stock y programar un sencillo gradiente binario orgánico/acuoso.

. Publicaciones de soporte:

. 5991-5334 (págs. 1 y 2) - adjuntado en el concurso –

“Agilent 1290 Infinity II Flexible Pump –Data sheet ”.

.991-2169 (todas las págs.): ver pdf :

“Blend_Assi....techn_note_5991-2169.pdf

. Además, si interesa componer tampones en función del pH y molaridad, la herramienta Buffer Advisor (también incluida en la propuesta- tal y cómo se recoge en la página 10 de la Memoria Técnica /sección 2.2.1), es una pieza de software que se ejecuta en la misma plataforma informática, independientemente del software MassHunter, proporciona un gradiente cuaternario que se puede programar en MassHunter para componer tampones en función del pH (y también de molaridad).

. Publicaciones de soporte:

.5991-2354 (todas las págs.): ver pdf: *“on-line_pH...*

pump_5991-2354.pdf”

En resumen, el equipo ofertado por Agilent: 1290 Infinity II Flexible/QqQ-6470, cumple dicha prescripción.”

Sobre el requisito de *“Rango completo de experimentos automatizados de MS/MS en tiempo real: Monitorización de Reacción Múltiple (MRM), Barrido de Iones Producto, Barrido de Iones Precursores y Pérdida/Ganancia de Neutros. Posibilidad de*

trabajar simultáneamente en modo MRM y full scan sin pérdida de señal”, expresa que también lo cumple en base a, entre otras explicaciones:

“El equipo ofertado por Agilent: 1290 Infinity II Flexible/QqQ-6470, cumple dicha prescripción, puesto que:

. La prescripción técnica pide “...experimentos automatizados de MS/MS en tiempo real: ...”. Estos experimentos de MS/MS siempre son dependientes y específicos para cada compuesto. En un LC/QqQ existen 2 tipos de “full scan”: los “MS full scan” (independientes y universales) y los “MS/MS full scan” (dependientes y específicos). Destacamos que la prescripción técnica se exige para experimentos de MS/MS (siempre dependientes y específicos), no para los MS full scan, así que no tiene mucho sentido las afirmaciones de Waters en su recurso: (...)

. La modalidad Triggered MRM (tMRM - incluida en la propuesta- tal y como se recoge en las páginas 22 a 24 de la Memoria Técnica /sección 2.3) cumple lo solicitado, porque permite adquirir simultáneamente (a lo largo de todo el cromatograma/ en un mismo segmento de tiempo), en modo MRM y obtener un “full scan” (/espectro completo de MS/MS) con todos los iones producto de los compuestos de interés, sin pérdida de señal, aunque éstos coeluyan.

. Además, el modo tMRM aporta ventajas muy importantes al usuario, al mejorar la sensibilidad, rapidez y capacidad para cuantificar y confirmar inequívocamente centenares (/miles) de compuestos con 1 sola inyección.

. Como todos los equipos de QQQ, el equipo LC/MS-QqQ solicitado va a estar destinado principalmente al análisis cuantitativo y confirmación de la presencia de compuestos diana a nivel de trazas en matrices complejas (como la carne y muestras biológicas), por la gran sensibilidad, especificidad y rapidez que proporciona su modalidad de trabajo MRM.

. La modalidad “full scan” independiente y universal, que destaca Waters en su recurso, la tradicional de un QqQ, es del orden de 10 a 50 veces MENOS sensible y 10 a 50 veces MAS LENTA que la innovadora modalidad tMRM ofertada. Cabe señalar que el Pliego de Prescripciones no adjetiva de modo alguno cómo debe ser el “full scan”.

En un QqQ, el combinar ciclos consecutivos de MRM y “full scan” en modalidad “universal e independiente” (modo MS), ralentiza considerablemente el proceso global y sacrifica sensibilidad; al tener que utilizarse en MRM “dwell times” mucho más pequeños, para no sacrificar en exceso frecuencia de adquisición de datos (y perder resolución cromatográfica).

. En resumen, la modalidad tMRM proporciona prestaciones muy superiores a la pobre y poco útil información que proporciona un “full scan universal e independiente” (modo MS); éste sólo proporciona las masas nominales (muy poco específicas) de los compuestos mayoritarios de la matriz, pero en absoluto proporciona información sobre el “efecto matriz” (éste cambia enormemente de unos compuestos a otros), ni permite compensarlo.

oPublicaciones de soporte:

. 5991-5872 (págs. 7 y 8) - adjuntado en el concurso – “The Agilent 6470 Triple Quadrupole LC/MS System”.

. 5990-8461 (todas las págs.): ver pdf: “tMRM_tech-note_5990-8461...pdf”

. El equipo ofertado permite cumplir con la Directiva Europea 2002/657/CE publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha 17.8.2002. Además, la alta sensibilidad de los espectros MS/MS obtenidos mediante tMRM, facilita la obtención de puntos de identificación (cuadro 5 pág. L 221/17 directiva – pág. 10 pdf) de todos los iones de diagnóstico (que en MS/MS corresponden a iones fragmentados y sus iones isotópicos), en el análisis de trazas mediante cribados masivos de centenares de compuestos.

(...)

Consecuentemente el equipo ofertado: 1290 infinity II Flexible/QqQ-6470 cumple con el objeto de la prescripción técnica requerida en el pliego. Además, gracias a su modalidad tMRM, permite confirmar compuestos a niveles aún más bajos, al mejorar considerablemente las prestaciones de la técnica LCQQQ para simultáneamente cuantificar y confirmar espectralmente con máxima sensibilidad. La sensibilidad del tMRM (modo MS/MS) es muy superior a la del modo full scan en su modalidad independiente y universal (modo MS).”

Noveno- Como expresamos, WATERS, solicita que se anule la adjudicación a favor de AGILENT del lote 2, por considerar que su oferta no cumple con las prescripciones técnicas exigidas.

La contratación que nos ocupa tenía por objeto el suministro sucesivo de diversa equipación de laboratorio para la realización de varios proyectos de I+D+i de la Fundación Centro Tecnológico de la Carne.

El lote 2 era denominado “Sistema de cromatografía líquida de ultra-alta resolución acoplado a un espectrómetro de masas de triple cuadrupolo (UHPLC-MS-MS”.

Respecto de estos debates es doctrina generalizada en los Tribunales de recursos especiales el referido a que únicamente cuando el incumplimiento sea palpable, de modo que no quepa duda alguna que la oferta no es congruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. Por lo tanto, incumplimiento claro, referido a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, siendo apreciable con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, es lo exigible para llegar a la exclusión. No basta razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, o juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado (en la misma línea, Resolución 480/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

La primera alegación de incumplimiento va referida a la exigencia en el PPT de que entre las características técnicas del sistema de cromatografía líquida de ultra-alta

resolución estaba la de *“Función programable de automezcla de los cuatros solventes simultáneos para componer tampones en función pH o molaridad a partir de los disolventes puros”*.

En esta cuestión lo primero a observar es que el pliego utiliza la conjunción “o” cuando habla del pH/molaridad.

El informe de la Fundación CTC da las explicaciones pertinentes al respecto:

“En cuanto a la “Función programable de automezcla de los cuatro solventes simultáneos para componer tampóns en función de pH o molaridad a partir de los disolventes puros”, en la página 10 de la Memoria Técnica presentada por la empresa AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN, S. L., aparece textualmente:

“Blend Assist es otra herramienta de software incluida con la bomba 1290 flexible para la dilución en línea de tampones y modificadores, a partir de soluciones stock:

Mejora la reproducibilidad de los tiempo de retención (inter-día).

Facilita la programación del gradiente con diferentes concentraciones, a partir de soluciones stock.”

Esta característica técnica indica alternativa entre dos opciones, requiriendo que la función programable de automezcla de los cuatro solventes simultáneos para componer tampones sea en función de una de las dos opciones que indica, pH o molaridad, a partir de los disolventes puros.

La empresa recurrente alega que el equipo ofertado por la adjudicataria no cumple la característica técnica puesto que la pieza de software BlendAssist tiene funcionalidad programable de automezcla de los cuatro solventes simultáneos para componer tampones en función de la molaridad, pero no es capaz de componer tampones en función del pH, no pudiendo, por tanto, combinar ambos factores para la generación de un gradiente en función de pH y molaridad.

En efecto, la pieza de software BlendAssist no puede componer tampones en función del pH (cómo alega la empresa recurrente) pero sí en función de la molaridad. Por tanto, el equipo ofertado por la empresa adjudicataria sí cumple esta característica técnica, ya que esta requiere el cumplimiento de una de las dos opciones que se indican, pH o molaridad.

En relación, a la exclusión de las empresas licitadoras IZASA SCIENTIFIC, S.L.U., y THERMO FISHER, S.L.U., por incumplimiento de esta característica técnica, se debe a que los equipos ofertados por estas empresas no presentan ninguna de las dos opciones requeridas en dicha prescripción técnica.”

El siguiente aspecto sobre el que se centra el recurrente es en la exigencia de *“Rango completo de experimentos automatizados de MS/MS en tiempo real: Monitorización de Reacción Múltiple (MRM), Barrido de Iones Producto, Barrido de Iones Precursores y Pérdida/Ganancia de Neutros. Posibilidad de trabajar simultáneamente en modo MRM y full scan sin pérdida de señal”*.

Como recoge el informe del órgano de contratación, en la Memoria Técnica, página 18 presentada por la empresa AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN, S. L., aparece textualmente:

“Modalidades de barrido: MS sean, MSIMS product ion sean, MSIMS precursor ion sean, MSIMS neutros pérdida/ganancia e ión precursor, MRM, DMRM, SIM y tMRM, esta última es una modalidad de adquisición en MS/MS (“data dependent” o MRM o full scan), que aumenta la capacidad cualitativa del equipo al proporcionar la mejor sensibilidad y rapidez (tipo MRM) para simultáneamente cuantificar y confirmar la identificación (QUANT/QUAL) de compuestos de interés. En esta modalidad, el segundo de los cuadrupolos (Q3) adquiere hasta 10 iones específicos de cada uno de los compuestos de interés para obtener un espectro MRM (MSIMS), cuando se detecte la presencia del compuesto en cuestión, sin pérdida de señal.”

No está de más una inicial referencia a que el pliego engloba este requisito bajo el título de *“Rango completo de experimentos automatizados de MS/MS en tiempo real”*. A mayores, lo que se expresa en lo reproducido es que MRM es la modalidad de adquisición MRM o full scan, por lo que tampoco aquí se da un incumplimiento sea palpable, de modo que no quepa duda ninguna que la oferta no es congruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, por lo que procede desestimar el recurso (también, Resolución 270/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o Resolución 192/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Canarias).

A mayores, AGILENT, en sus alegaciones, trae un conjunto de consideraciones a este respecto que redundan en la falta de aportación a este TACGal de elementos para revocar la discrecionalidad técnica descrita.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por WATERS CROMATOGRAFÍA, S.A. contra la adjudicación del lote 2 de la contratación de suministro sucesivo de diversa equipación de laboratorio para la realización de varios proyectos de I+D+i de la Fundación Centro Tecnológico de la Carne, expediente N° SUB.-2018/02.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

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

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.