



**EB 2014/139**

**Resolución 138/2015, de 11 de diciembre de 2015, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por THERMO FISHER SCIENTEFIC S.L.U, contra la adjudicación del contrato de “Suministro de un espectrómetro de masas de alta resolución (HRMS) acoplado a un cromatógrafo líquido de muy alta resolución (UHPLC) para poder realizar análisis target, no – target y metabolómico en muestras complejas, cofinanciado con fondos FEDER”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 3 de noviembre de 2015 la empresa THERMO FISHER SCIENTEFIC S.L.U (en adelante, TFS) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Suministro de un espectrómetro de masas de alta resolución (HRMS) acoplado a un cromatógrafo líquido de muy alta resolución (UHPLC) para poder realizar análisis target, no – target y metabolómico en muestras complejas, cofinanciado con fondos FEDER”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea (en adelante, UPV – EHU).

El 3 de noviembre el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) solicitó el expediente al poder adjudicador, el cual se recibió el 5 de noviembre, junto con el informe del órgano de contratación al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).



**SEGUNDO:** Solicitadas alegaciones a los interesados, el día 13 de noviembre se han recibido las de la empresa WATERS CROMATOGRAFÍA, S.A. (en adelante, WATERS).

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

**SEGUNDO:** De acuerdo con el artículo 40.1 a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son objeto de recurso especial los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

**CUARTO:** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, la UPV – EHU tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

**SEXTO:** El recurrente entiende que el criterio de adjudicación previsto en la letra c) del apartado 30.2.1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que valora el máximo poder de resolución del equipo objeto del contrato no se ha aplicado correctamente; su oferta era la que ofrecía la máxima resolución de todas las ofrecidas, 140.000 FWHM, como consta en el folio número cuatro de su oferta, que cumple con los requisitos explicitados en el pliego para aplicar la fórmula, es decir, ser la resolución igual o superior a 35.000, especialmente para analitos con masa entre 300 y 700 Da. Por tanto, la correcta aplicación de la fórmula hubiera supuesto la obtención de 12 puntos y la adjudicación del contrato. En lugar de esta aplicación correcta, el



poder adjudicador introduce un criterio no previsto en los pliegos, que es valorar la resolución en el intervalo entre 300 y 700 Da, en lugar de valorar el máximo poder de resolución ofertado, que es lo que piden el criterio y la literalidad de la fórmula; por el contrario, a los demás licitadores sí se les valora el poder de resolución ofertado.

**SÉPTIMO:** La empresa WATERS alega que las ofertas basadas en la tecnología Orbitrap, como es la de TFS, presentan distintos valores de resolución en función de la masa a analizar, de tal forma que consiguen menor resolución cuanto mayor sea la masa. En el caso de TFS, su nivel de resolución es de 70.000 a masa 200 Da. Por el contrario, las ofertas basadas en la tecnología Q-TOF ofrecen resolución constante en todo el rango de masas. Consecuentemente, la única forma de valorar proposiciones de ambos sistemas es mediante la definición de una masa o intervalo de masa de referencia, que es lo que ha hecho el poder adjudicador utilizando el rango de masas en el que se encuentran los compuestos en los que se basa el proyecto de investigación. Los 140.000 FWHM de la oferta de TFS se obtendrían a 50 Da, la más baja del equipo y fuera del intervalo definido en los pliegos (entre 300 y 700 Da), siendo 70.000 para una masa de 200 Da, según la oferta técnica. Por todo ello, se entiende que el órgano de contratación ha utilizado correctamente la discrecionalidad técnica y ha respetado los principios generales de la contratación pública.

**OCTAVO:** El poder adjudicador alega en sentido análogo a lo expuesto en el fundamento anterior y afirma que en los equipos Orbitrap debe especificarse la masa nominal para poder medir la resolución; esto estaba previsto en este expediente, razón por la cual se enfatizó en el uso preferente del intervalo de masas entre 300 y 700 Da, puesto que los compuestos en los que se basa la investigación se encuentran en ese rango. Por otro lado, no hay especificación técnica de TFS que justifique el valor de 140.000 FWHM, el cual es una extrapolación a una masa muy pequeña de lo indicado para 200 Da; de hecho, TFS no incluyó ningún soporte que pudiese justificar dicho valor. Desde un punto de vista operativo, tampoco es relevante, porque la gran mayoría de los compuestos de interés tienen una masa entre 200 – 1200 Da.



Consecuentemente, se desestimó el valor de 140.000 por no estar soportado por ningún documento de la empresa y, de entre varias opciones, se estimó el valor promedio de los resultados experimentales (50.000). En cualquier caso, la adquisición de un equipo de tal magnitud no puede basarse en valores teóricos no acreditados en el curso de la valoración.

**NOVENO:** El objeto del recurso es la aplicación de un criterio de adjudicación descrito como sujeto a evaluación automática, mediante aplicación de una fórmula, y cuyo contenido es el siguiente (cláusula 30.2.1 a) de la carátula del PCAP):

«c) **ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEL DETECTOR DE MASAS** (Poder de resolución, exactitud y estabilidad de la masa e intervalo dinámico lineal): **16 puntos**

*Máximo poder de resolución ( $\geq 35000$ , especialmente para analitos con masa entre 300 y 700 Da):***12 puntos**

$$P = R_S * \frac{MAXP}{R_S M}$$

Siendo:

*P= puntos a obtener*

*MAXP= máximo de puntos (12 puntos)*

*RS= Poder de resolución ofertado por el licitador.*

*RSM= Poder de resolución más alto ofertada»*

A juicio de este OARC / KEAO, dos son las cuestiones que deben tratarse para resolver el recurso: primeramente, debe determinarse si se ha aplicado correctamente el criterio debatido y, en segundo lugar, en su caso, se debe analizar si el poder de resolución aportado por el recurrente está adecuadamente acreditado.



Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe recordarse que la doctrina de este Órgano sobre este tipo de criterios (ver las Resoluciones 65/2014, 70/2014, 97/2014, 39/2015 y 76/2015) establece que su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos. En el caso analizado, la citada fórmula pretende valorar el “poder de resolución ofertado por el licitador”, y no hay ninguna mención en la fórmula a que dicho poder deba medirse por referencia a una masa concreta. El criterio de adjudicación, además de la fórmula y la descripción de sus componentes, incluye una aclaración expresada parcialmente de modo literario “( $\geq 35000$ , especialmente para analitos con masa entre 300 y 700 Da)”, es decir, no en lenguaje matemático, con el riesgo de ambigüedad que ello supone (ver las Resoluciones 69/2013 y 70/2014 del OARC / KEAO). Esta aclaración expresa que debe alcanzarse ese valor para ese intervalo de masa para poder conseguir alguna puntuación, cosa que en ningún momento se ha puesto en duda para la oferta del recurrente, pero no que la fórmula deba aplicarse sobre ese rango, pues ello no consta ni en la literalidad de la fórmula ni en la definición de cada uno de sus componentes; entender otra cosa llevaría a una aplicación arbitraria e insegura de un criterio que debe ser automático, ya que el uso del término “especialmente” deja abierto un margen interpretativo sobre en qué otros casos puede ser el valor mínimo de 35.000 FWHM preceptivo o no para otros rangos de masa distintos del expresamente mencionado. Hay que señalar que el escuetísimo Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) afirma que “el poder de resolución mínimo del espectrómetro de masas es de 35.000 FWHM”, sin relacionarlo con ninguna masa concreta, y que en otro apartado establece que “se priorizará un rango del analizador de masas inferior a 2.000 Da”, valor diferente al establecido en el punto 30.2.1 c) de la carátula del PCAP y que tampoco es preceptivo sino solo “prioritario” y que, por cierto, el recurrente satisface, ya que su aparato alcanza los 140.000 FWHM con 50 Da. Consecuentemente, la aplicación del criterio no admite otra solución que considerar que el poder de resolución que se pretende valorar es el ofertado por el licitador, sin que quepa referenciarlo o adaptarlo a una masa concreta. A esta conclusión debe añadirse que, como se ha dicho al



principio de este Fundamento de Derecho, no cabe discrecionalidad alguna en los criterios automáticos, por lo que no es válido, como pretende el poder adjudicador, que la opción de aplicación de la fórmula elegida al recurrente es la más correcta, pues no existe tal capacidad de elección. Finalmente, llama la atención que el informe del poder adjudicador mencione, como uno de sus argumentos, la utilidad de uno u otro aparato para cumplir con la investigación que se desea llevar a cabo con el suministro, cuando dicho proyecto no se menciona en los pliegos o en la documentación preparatoria del contrato, como pide el artículo 22.1 TRLCSP.

En cuanto a la segunda cuestión, debe tenerse en cuenta que la cláusula 28.2 de la carátula del PCAP establece que en el sobre 2 debe incluirse el «modelo de proposición económica que consta en el Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Se señalará toda la información que permita la aplicación de las fórmulas señaladas en la cláusula 30.2.1 a)». El citado Anexo VI se refiere exclusivamente al precio ofertado, sin que haya referencia alguna a los demás criterios evaluables mediante fórmulas, como es el debatido. En el PCAP y su carátula no consta mención alguna al modo en el que va a evaluarse dicho criterio más allá de lo dispuesto en la cláusula 30.2, ni desde luego se dice que se vaya a realizar prueba alguna para acreditar los valores teóricos ofertados por los licitadores; por el contrario, el apartado 31.2 señala expresamente que no deben entregarse muestras “a fin de proceder a la valoración técnica”. A la vista de todo ello, la documentación aportada en el sobre 2, que en varios apartados expresa que el poder máximo de resolución ofertado es de 140.000 FWHM, y que incluye una “Información de criterios objetivos”, no puede considerarse insuficiente ni puede descartarse por la supuesta inexistencia de soportes o certificaciones que los pliegos no solicitan claramente. Debe recordarse que el principio de transparencia implica que todos los potenciales licitadores a un contrato deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que el poder adjudicador va a tener en cuenta para elegir la oferta económicamente más ventajosa, lo que no comprende únicamente los criterios de adjudicación, sino cualesquiera otros aspectos que pueden ser relevantes para determinar la adjudicación (ver las sentencias del



Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, de 24/11/2005, C-331/04, de 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por THERMO FISHER SCIENTEFIC S.L.U, contra la adjudicación del contrato de “Suministro de un espectrómetro de masas de alta resolución (HRMS) acoplado a un cromatógrafo líquido de muy alta resolución (UHPLC) para poder realizar análisis target, no – target y metabolómico en muestras complejas, cofinanciado con fondos FEDER”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que el criterio de adjudicación relativo al poder de resolución se aplique en los términos señalados en el fundamento jurídico noveno de esta Resolución.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

**TERCERO:** Notificar la presente Resolución a todos los interesados.

**CUARTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la



misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

**Vitoria-Gasteiz, 2015ko abenduaren 11**

Vitoria-Gasteiz, 11 de diciembre de 2015