



EB 2018/066

Resolución 098/2018, de 30 de julio de 2018, de la 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 la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L. contra los pliegos del contrato de “Suministro de dos equipos de plasma de acoplamiento inductivo con detector de espectrometría de masas”, tramitado por la EHU-UPV.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 1 de junio de 2018 ha tenido entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L. contra los pliegos del contrato de “Suministro de dos equipos de plasma de acoplamiento inductivo con detector de espectrometría de masas”, tramitado por la EHU-UPV.

SEGUNDO: El mismo día 1 de junio se solicitó al poder adjudicador, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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). La citada documentación se recibió el día 7 de junio.

TERCERO: Con fecha 8 de junio, mediante la Resolución B-BN 11/2018, la Titular del OARC / KEAO acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación en virtud del artículo 49 de la LCSP.

CUARTO: No constan en el expediente otros interesados al margen del recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. D.D.L., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la EHU-UPV tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) Por razones de seguridad jurídica, debe declararse la invalidez de los pliegos impugnados ya que se remiten a una norma derogada.

b) La no división en lotes del contrato es contraria al artículo 99.3 de la LCSP, y a las consideraciones 78 y 79 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero de 2014, además de afectar al principio

de libre concurrencia ya que, en la práctica, se limita a dos fabricantes en el mercado la posibilidad de concurrir. Además, no consta en el expediente la motivación de la no división en lotes y esta decisión carece de fundamentos técnicos o económicos ya que se trata de dos equipos diferentes por sus prestaciones y características, que realizan distintas funciones, se utilizan para llevar a cabo análisis diferentes, se ubican en laboratorios distintos, van a ser destinados a analíticas diferentes, el precio de los consumibles es el mismo con independencia del número de equipos que se utilicen y la complementariedad de los equipos no exige que los mismos pertenezcan a un único fabricante.

c) Finalmente, la pretensión del recurso consiste en su estimación y que se anulen los pliegos y se proceda a una nueva redacción de los mismos, adaptados a la normativa en vigor y procediendo a su división por lotes, además de solicitar la suspensión cautelar de la licitación.

SÉPTIMO: Las alegaciones del poder adjudicador para oponerse a la estimación del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) Es cierto que la legislación aplicable al presente contrato es la LCSP, pero ya que no se dispone de pliegos adaptados a la misma se ha optado por realizar la licitación con pliegos redactados conforme a la legislación anterior. Para paliar los posibles inconvenientes que esta situación pudiera acarrear, se ha publicado una tabla de equivalencias de las dos normativas en el perfil del contratante.

b) La división o no en lotes forma parte de la libertad del poder adjudicador para configurar el contrato, si bien la LCSP exige justificación cuando no se realice la misma. En el expediente queda suficientemente justificada la no división en lotes por motivos técnicos y económicos, desapareciendo, por tanto, cualquier atisbo de arbitrariedad en la configuración del contrato.

OCTAVO: En cuanto a la primera de las cuestiones que plantea la parte recurrente, relativa a la anulación de los pliegos por no estar redactados

conforme a la legislación vigente, hecho no discutido por el poder adjudicador, debe señalarse que conforme a la cláusula tercera del PCAP al presente contrato le es de aplicación, además de los pliegos correspondientes, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), 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 y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), así como demás normativa de carácter sectorial.

Sin embargo, tanto la publicación del anuncio en el DOUE como en la Plataforma de Contratación en Euskadi se han producido con posterioridad al 9 de marzo de 2018, esto es, a la fecha de entrada en vigor de la LCSP. Por ello, es de aplicación a la presente licitación y al régimen jurídico del contrato la nueva Ley de conformidad con su disposición transitoria primera.

El poder adjudicador no discute que el régimen jurídico aplicable sea la LCSP pero argumenta que al no disponer de unos pliegos adaptados a la nueva normativa se ha optado por mantener los anteriores, eso sí, aportando al expediente una tabla de equivalencias entre la normativa derogada y la vigente. Este OARC/KEAO no puede compartir esta alegación. El principio de seguridad jurídica exige que las actuaciones de los poderes adjudicadores deban estar sometidas al principio de legalidad, lo que significa que sus decisiones se han de ajustar a la ley vigente y sería contrario a dichos principios admitir unos pliegos redactados conforme a una norma derogada, cuyas referencias normativas han de leerse teniendo en cuenta el reenvío a las normas de la nueva ley que figuran en una tabla de equivalencias, siendo su consecuencia que los operadores económicos no sepan realmente a qué atenerse, y provocando situaciones objetivamente confusas (el contenido de gran parte de los artículos no es coincidente). Todo ello en contra de una de las finalidades últimas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que es la de buscar la certeza respecto del procedimiento y forma de adjudicación del

contrato y de las obligaciones y derechos de las partes contratantes con el fin de evitar discrepancias futuras.

Consecuentemente, debe estimarse este motivo del recurso, que implica la cancelación de toda la licitación ya que afecta a un aspecto esencial del contrato como es su régimen jurídico.

NOVENO: Aunque la estimación del motivo de recurso anterior conlleva, como se ha dicho, la cancelación de la licitación, se considera necesario, en aras al principio de congruencia, examinar el segundo de los motivos del recurso que es el referente a la legalidad de la decisión de no dividir en lotes el contrato.

Este OARC/KEAO, en sus Resoluciones 8/2018 y 17/2018, en relación con el Considerando 78 y artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE al que se reconoce efecto directo y cuya transposición al ordenamiento español se ha producido en el artículo 99.3 de la LCSP ha manifestado en relación con la decisión de dividir o no un contrato en lotes que:

.- forma parte de la facultad del órgano de contratación para fijar discrecionalmente el contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 76/2016, 84/2017 y, especialmente, 41/2015 del OARC / KEAO).

.- el poder adjudicador tiene la obligación de estudiar la conveniencia de la división del contrato en lotes.

.- si su criterio es contrario al del principio general de división en lotes, debe aportar sus razones en un informe en el que debe constar la motivación expresa de no dividir.

.- la justificación constituye un acto discrecional y el control jurídico sobre la misma no puede entrar a valorar las razones de oportunidad alegadas por el órgano de contratación, ámbito que se identifica sustancialmente con el llamado “núcleo material de la decisión” de la discrecionalidad técnica (ver, por todas, la Resolución 99/2017 del OARC / KEAO).

Analizado el expediente de contratación remitido, se observa que en el punto 1.2 de la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) consta la decisión de no dividir el contrato en lotes, acompañada de la siguiente justificación:

1.- OBJETO DEL CONTRATO

(...)

1.2.- División por lotes: No. Para el funcionamiento óptimo del SCA es necesario que los equipos descritos en el apartado anterior sean complementarios a niveles tanto de hardware (consumibles generales de los ICP y de los sistemas de introducción de muestras) como de software (transferencia de métodos analíticos), por lo que este procedimiento no es susceptible de ser dividido en lotes. De este modo, SCA podrá disponer de un equipamiento de análisis más versátil, sensible, robusto y con un menor coste por muestra.

Por su parte, en el documento denominado “MEMORIA DE NECESIDADES. Objeto del contrato”, de fecha 27 de abril de 2018 y publicado en la plataforma de contratación, se justifica la configuración del objeto del contrato adoptado en estos pliegos de la siguiente manera:

El Servicio Central de Análisis (SCA) de los Servicios Generales de Investigación (SGIker) de la UPV/EHU, da cobertura a un gran número de aplicaciones en el campo de metalómica, metabolómica, geoquímica, medio ambiente, entre otros, integrando un gran número de técnicas analíticas, por lo que, necesita adquirir dos equipos de plasma con acoplamiento inductivo y detección por espectrometría de masas:

a) Analizador de masas con cuádruplo sencillo (ICP-MS). Este equipo permite implementar aplicaciones analíticas en las que se requiere un alto nivel de robustez y de sensibilidad.

b) Analizador de masas con triple cuádruplo (ICP-QQQ). Este equipo permite desarrollar aplicaciones analíticas de alta resolución y de eliminación de interferencias.

La adquisición del (a) ICP-MS es necesaria para resolver los problemas de sensibilidad que el SCA tiene con el equipamiento disponible hasta ahora, sin comprometer la robustez, pudiendo llegar a un mayor número de aplicaciones analíticas además de ampliar el alcance de la acreditación bajo norma de calidad ISO 17025 disponible en la actualidad (aguas de consumo). Sin embargo, el analizador ICP-MS presenta limitación en la eliminación de interferencias para diferentes analitos (S, Cl, P) y, por tanto, para la obtención de resultados fiables en el campo de, por ejemplo, la metabolómica.

Todas estas limitaciones analíticas son resueltas por el ICP-QQQ que complementa los resultados del ICP-MS, permitiendo una respuesta analítica integral a las demandas de análisis realizadas al SCA por parte de los grupos de investigación de la UPV/EHU, así como a centros tecnológicos y entidades del entorno socio-económico.

Para el funcionamiento óptimo del SCA es necesario que los equipos descritos en los apartados (a) y (b) sean complementarios a niveles tanto de hardware (consumibles generales de los ICP y de los sistemas de introducción de muestras) como de software (transferencia de métodos analíticos), de este modo, el SCA podrá disponer de un equipamiento de análisis más versátil, sensible, robusto y con un menor coste por muestra.

Debido al carácter de Servicio General de Investigación, se debe valorar la versatilidad de los equipos y su capacidad de adecuación a nuevas prestaciones de carácter técnico. Hardware y/o software deben valorarse de modo que mejore el procesado de muestras, tratamiento de datos de forma rápida, fiable y automática de aplicaciones existentes en el Servicio

Las justificaciones aportadas en esta "MEMORIA DE NECESIDADES. Objeto del contrato" se han desarrollado en el informe técnico del poder adjudicador de contestación al recurso en el que, además de otras cuestiones, se alega que:

(...)

En este sentido, la adquisición de los dos equipos ICP-MS e ICP-MS QQQ, en un solo lote, con el objetivo de disponer de única plataforma de control de hardware y de software, permitirá ahondar en la versatilidad y la complementariedad de los equipos, considerándose requisitos fundamentales de funcionamiento para los SGIker, tal y como se detalla a continuación:

Plataforma de control similar (Software).

- Fomenta la movilidad del personal de los SGIker entre los laboratorios.
- Una única herramienta permite el control de accesorios intercambiables entre los equipos de una misma plataforma (ej. el sistema de introducción de muestra celular solicitado).
- Permite transferir metodologías de análisis de una forma sencilla y eficaz entre ambos equipos, principalmente en los estudios de especiación mediante cromatografía tanto de líquidos como de gases.
- Facilita el tratamiento de datos y la gestión de los resultados de análisis realizados en el otro equipo.

Hardware compatible.

- Posibilidad de intercambiar accesorios (interface de cromatografía, sistema de introducción de muestra celular,...).
- Incremento de la vida útil de los equipos, ya que comparten piezas.
- Reducción de costes asociados a los recambios (antorcha, cámara de nebulización y conos,...), ya que con un único juego de recambio tendríamos cubiertos los dos equipos.

Este OARC/KEAO observa que las prescripciones técnicas no responden a la justificación de no división en lotes aportada. Si bien los argumentos esgrimidos por el poder adjudicador en su “MEMORIA DE NECESIDADES. Objeto del contrato” y posteriormente desarrolladas en su informe al recurso especial no pueden ser considerados como carentes de fundamentación técnica o jurídica, antes al contrario, son consistentes, el PPT, al describir las especificaciones comunes a ambos equipamientos únicamente se refiere al suministro de un protocolo de mantenimiento y al manual completo del equipo; no se observa ninguna prescripción relacionada con la necesidad de disponer de una única plataforma de control de hardware y de software que permita ahondar en la versatilidad y complementariedad de los equipos. Es más, existe contradicción entre la justificación de la no división en lotes que figura en la “MEMORIA DE NECESIDADES. Objeto del contrato”, donde se invoca entre otras cuestiones que para el funcionamiento óptimo del SCA se requiere la complementariedad de los dos equipos en los sistemas de introducción de muestras, y los documentos contractuales (en concreto el punto 31 de la carátula del PCAP), en el que se fija como criterio de adjudicación, y no como una prescripción técnica obligatoria para el IPC-QQQ, la “adecuación de los sistemas de introducción de muestras (...)”. Consecuentemente, tal y como figuran redactadas las prescripciones técnicas y criterios de adjudicación cabría la posibilidad de que un licitador presentara una oferta con dos equipamientos no compatibles ni en software ni en hardware. Por ello, este Órgano aprecia que el poder adjudicador ha infringido los límites de la discrecionalidad al justificar la no división en lotes por ser la motivación incoherente con lo exigido por los documentos contractuales, por lo que debe estimarse este motivo impugnatorio con el alcance que se especifica en el fundamento jurídico décimo de esta resolución.

Por último, y respecto a la vulneración del principio de concurrencia invocado por la recurrente, debe señalarse que este principio tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación independiente de las diversas prestaciones del objeto del contrato con el fin de facilitar el acceso a los contratos a la pequeña y mediana empresa. Sin embargo, en el recurso no queda acreditada la restricción alegada.

DÉCIMO: En la pretensión del recurso se solicita que se proceda a la redacción de unos nuevos pliegos en los que se divida el contrato en lotes. Este OARC/KEAO no puede dar satisfacción a esta petición ya que como consecuencia de la declaración de invalidez de la totalidad de los pliegos, el órgano de contratación redactará unos nuevos en los que podrá configurar nuevamente el objeto del contrato. Consecuentemente, habrá de estarse a la estructura de la obligación plasmada en estos nuevos pliegos y a la motivación aportada en el expediente para justificar la división o no del contrato en lotes para concluir si tal decisión se halla dentro de los límites del ejercicio de una potestad discrecional.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L. contra los pliegos del contrato “Suministro de dos equipos de plasma de acoplamiento inductivo con detector de espectrometría de masas”, tramitado por la EHU-UPV, anulando los pliegos de la licitación y la decisión de no dividir en lotes el contrato en los términos expresados en el fundamento jurídico décimo.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Acordar el levantamiento de la suspensión del procedimiento, acordada por la Resolución B-BN 11/2018, de 8 de junio de 2018, de la Titular del OARC / KEAO.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: 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, 2018ko uztailaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de julio de 2018