

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

En Madrid, a 10 de agosto de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la mercantil GENYCELL BIOTECH ESPAÑA, S.L.U., contra la resolución de adjudicación en favor de la empresa AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S. del “suministro de una solución NGS integral para la realización de proyecto de investigación por secuenciación masiva (NGS) en la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Clínico San Carlos”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 17 de enero de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación de la Comunidad Autónoma de Madrid el anuncio de licitación.

El valor estimado del contrato asciende a 237.000,00 euros, para un plazo de ejecución de siete meses.

Segundo.- En lo que aquí interesa en el Pliego de Prescripciones Técnicas, apartado 3 dice:

“La solución proporcionada por el adjudicatario deberá incluir todos los reactivos necesarios para:

(...)

- Secuenciar las librerías en alguno de los equipos disponibles internamente (Anexo I).

En cuanto a este último requisito, se considerará cumplido aún cuando los medios disponibles consignados en el Anexo I no fueren suficientes para llevar a cabo la secuenciación, si el licitador se compromete a adscribir a la Fundación los medios materiales necesarios: cesión de equipamiento y/o externalización de la secuenciación en una infraestructura proporcionada por el adjudicatario”.

El Anexo I.2 del PCAP contiene un compromiso de adscripción de medios materiales, con dos modalidades:

Modalidad 1: DECLARA: *“Que la adecuada implementación y empleo del suministro ofertado puede llevarse a cabo con los medios internos disponibles del contratante, conforme se detallan en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (apartado 3. Características Técnicas), sin necesidad de recurrir a medio alguno adicional”.*

Mosalidad 2: DECLARA: *“Que, de resultar adjudicatario del contrato SE COMPROMETE: A adscribir al contratante, durante el plazo indicado en el presente Pliego (Cláusula 1, apartado 7.3) y Pliego de Prescripciones Técnicas (apartado 3. Características Técnicas), los medios necesarios para la adecuada implementación y empleo del suministro ofertado, en cuanto los medios internos disponibles del contratante, conforme se detallan en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas, no resultan suficientes al efecto. Sigue desglose de los medios materiales adscritos”.*

La puntuación obtenida por los licitadores fue la siguiente:

Licitador	Juicio de valor	Oferta económica	TOTAL
GENYCELL BIOTECH ESPAÑA, S.L.U.	30	56	86
AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S.L.	23	70	93
PROQUINORTE S.A.	8	54,3	62,3

El 4 de julio se publica la adjudicación a AGILENT TECHNOLOGIES.

Tercero.- Con fecha 25 de julio de 2023, se presenta en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, solicitando se declare la nulidad o anulabilidad de la resolución de adjudicación del expediente de referencia, y se proceda a la exclusión de AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S.L. .

Cuarto.- El 28 de julio de 2023, 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 (LCSP).

Quinto.- Habiéndose notificado a AGILENT TECHNOLOGIES para que presentara alegaciones en plazo de cinco días hábiles no lo ha verificado .

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 por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso planteado.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de GENYCELL BIOTECH ESPAÑA, S.L.U. al ser la segunda clasificada, que resultaría adjudicataria de estimarse el recurso (artículo 48 LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 4 de julio de 2023, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid en la misma fecha, e interpuesto el recurso el 25 de julio de 2023 ante este Tribunal, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto en el marco de una licitación de suministros cuyo valor estimado excede de 100.000 euros y contra el acuerdo de adjudicación, siendo admisible el recurso conforme a los artículos 44.1.a) y 44.2.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en el incumplimiento de las prescripciones técnicas por AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S.L., del que se ha tenido en conocimiento en la vista del expediente.

AGILENT en el compromiso de adscripción de medios materiales opta por la modalidad 1 recogida en antecedentes: *“la adecuada implementación y empleo del suministro ofertado puede llevarse a cabo con los medios internos disponibles del contratante conforme se detalla en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas (apartado 3. Características técnicas) sin necesidad de recurrir a medio alguno adicional”*.

“Sin embargo, como ha podido comprobar esta parte, según se desprende de la oferta de la adjudicataria y del contenido del Acta de apertura del sobre nº 2 del 13 de abril de 2023, publicada en el Portal de Contratación el 14 de abril de los corrientes, la cual contempla el resultado de la evaluación de los criterios cualitativos

evaluables mediante juicio de valor, AGILENT no oferta los reactivos de secuenciación y propone externalizar la secuenciación en equipos de su propiedad”

Tal y como recoge el informe de valoración

AGILENT:

A.2.- La tecnología de preparación de librerías (tecnología Agilent Sureselect HT XS2 de captura con sondas RNA) y el método de automatización (robot MagnisDX con certificado CE-IVD) son idénticos a los propuestos por GENYCELL BIOTECH, por lo que merecen idéntica valoración. Sin embargo, **AGILENT no oferta los reactivos de secuenciación (propone externalizar la secuenciación en equipos de su propiedad).** Aunque esta opción estaba contemplada en el pliego de prescripciones técnicas, la valoración ha de establecerse en relación a las demás propuestas, puntuando en proporción al grado de ajuste a las necesidades del proyecto para el cual se realiza la adquisición, tal y como se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas. Por lo expuesto, la consideramos sub-óptima, ya que, implica perder control sobre el proceso y los tiempos de ejecución. Además, reduce el impacto formativo del proyecto para los miembros del laboratorio de Oncología Molecular.

Por todo ello, la propuesta es merecedora de **10 puntos.**

Por tanto, la realidad es que, efectivamente, la adjudicataria opta por no ofertar los reactivos necesarios y que se exigen conforme a los requisitos del PPT. En concreto, la solución propuesta por la compañía AGILENT TECHNOLOGIES incluye un listado de referencias de reactivos. Ninguna de estas referencias ofertadas por la adjudicataria corresponde a un reactivo que puede ser empleado para la secuenciación de librerías puesto que estos únicamente pueden ser empleados en las primeras etapas del que es objeto del contrato, por tanto, la actual adjudicataria no incluyó todos los reactivos necesarios para secuenciar las librerías.

A mayor abundamiento la tecnología ofertada por la actual adjudicataria requiere de la utilización de equipos ILLUMINA para la posterior secuenciación de las librerías de ADN, tal y como se desprende a lo largo de su protocolo. De la

comercialización de esta tecnología tienen la exclusiva en España DIAGNÓSTICA LONGWOOD y GENYCELL BIOTECH, que serían pues las únicas empresas capacitadas para prestar el servicio.

Contesta el órgano de contratación que efectivamente los pliegos prevén tres opciones en cuanto a la secuenciación de panel customizado de muestras parafinadas:

- Suministro de los reactivos necesarios para realizar la secuenciación con los equipos disponibles en la Fundación, que se recogían en el Anexo I;
- Cesión de equipamiento necesario para realizar la secuenciación;
- Externalización de la secuenciación en una infraestructura proporcionada por el licitador.

La mesa de contratación entendió que AGILENT había optado por la tercera opción: externalización de la secuenciación en una estructura propia. Lo entendió atendiendo al principio de interpretación favorable al cumplimiento, porque no habiéndose ofertado efectivamente los reactivos aludidos por la recurrente y habiéndose manifestado que se cumplían todos los requisitos, la única forma de cumplimiento es acudir a la externalización, *“extremo que entendemos podrá ratificar expresamente Agilent en el trámite de sus alegaciones a la vista del recurso presentado por Genycell”*.

Es cierto que la externalización no era la opción preferida, por pérdida de control por la Fundación, pero no puede dar lugar a la exclusión, sino a la minoración de la puntuación, como así se ha verificado.

Se ha entendido que, en la cumplimentación del Anexo I,2 AGILENT ha

cometido un simple error, que no pudo apreciarse hasta la apertura de su oferta técnica. Como además la acreditación de los medios adscritos solo se exige al adjudicatario en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP la Fundación entendió que la exclusión de AGILENT por esa causa iría contra los principios que rigen la contratación administrativa. *“Específicamente, la exclusión por defecto documental de una oferta válida en todos los aspectos sustanciales y que permite un cuantioso ahorro, resultaría contraria al principio de eficiencia que impone la búsqueda de la oferta con mejores condiciones económicas y de calidad, dentro de las que cuenten con los requisitos de fondo exigidos. Del mismo modo, puede argumentarse que la rigidez formal que lleve a excluir a un licitador por el motivo referido, contraviene frontalmente el principio de libre concurrencia”.*

En cuanto a la exclusividad de ILLUMINA para estar en posición de emplear dicha tecnología, resulta completamente irrelevante ser o no distribuidor autorizado, ya que no se trata de comercializar producto alguno, sino de poder utilizarlo. Tampoco existe exigencia alguna de que dichos productos estén disponibles específicamente en España (territorio al que alcanza la exclusividad aludida) sino que la externalización puede llevarse a cabo en la infraestructura disponible para la adjudicataria, que puede realizar la adquisición o disponer del uso de los productos, en cualquier lugar que estime conveniente sin que ello altere los resultados del contrato.

A juicio de este Tribunal la presunción a favor del cumplimiento de las prescripciones técnicas por mor de la vinculación positiva de los licitadores a los Pliegos y por su efectiva verificación en ejecución contractual despliega toda su virtualidad en el caso de omisiones en la documentación presentada o contradicciones en la misma necesitadas de aclaración, cuando sus términos son confusos o ambiguos, pero se desvirtúa contra declaraciones expresas que la contradigan de modo que se aprecie que contradice abiertamente las prescripciones, pues en otro caso se corre el riesgo de sustituir la voluntad del licitador por la de la

Mesa u el órgano de contratación, y modificando la oferta.

En el caso se ha sustituido la voluntad declarada del licitador por una voluntad interna, que se supone por la Mesa y es opuesta a la declarada, no existiendo elementos de juicio para ello, a tenor de los principios de responsabilidad y de confianza.

La Mesa no tiene ningún elemento de juicio para desconfiar de la declaración del licitador de realizar la prestación conforme a la modalidad 1, con los medios internos del contratante, y suponer que propone la externalización.

Por otra parte, es claro que si existe un error en la declaración es atribuible a la falta de diligencia del licitador.

Por otro lado, el hecho de que no se oferten los reactivos no implica que se proponga la secuenciación en instalaciones propias del licitador, porque el suministro de los reactivos para la secuenciación se contempla como una obligación en los Pliegos al margen de que la misma se realice con los medios propios de la Fundación o se externalice, tal y como está redactado el apartado 3 del PPT:

“3. Características Técnicas.

La solución proporcionada por el adjudicatario deberá incluir todos los reactivos necesarios para:

- Realizar la pre-analítica de las muestras,*
- Generar librerías NGS,*
- Analizar la calidad de las librerías y cuantificarlas,*
- Secuenciar las librerías en alguno de los equipos disponibles internamente*

(Anexo I).

En cuanto a este último requisito, *se considerará cumplido aún cuando los medios disponibles consignados en el Anexo I no fueren suficientes para llevar a cabo la secuenciación, si el licitador se compromete a adscribir a la Fundación los*

medios materiales necesarios: cesión de equipamiento y/o externalización de la secuenciación en una infraestructura proporcionada por el adjudicatario”

Y en la cláusula primera del PCAP (objeto del contrato):

“Se incluirán los siguientes elementos:

1. Reactivos necesarios para la generación de librerías y posterior secuenciación de un panel customizado en muestras parafinadas (número de muestras: 300). Los requisitos mínimos de cobertura y profundidad se detallan en el pliego de prescripciones técnicas.

2. Reactivos necesarios para la generación de librerías y posterior secuenciación de un panel customizado en muestras de biopsia líquida (número de muestras: 180). Los requisitos mínimos de sensibilidad se detallan en el pliego de prescripciones técnicas

3. Una solución bioinformática que nos permita evaluar la calidad de la secuenciación y anotar variantes genéticas”.

La no indicación de los reactivos no es un elemento definidor de la modalidad elegida para la realización de la prestación, si su oferta se exige en todo caso para las dos modalidades. La propia oferta técnica de AGILENT sí recoge un listado de reactivos (página 173 del expediente administrativo remitido).

Por otra parte, visto el expediente, la declaración de AGILENT no se realiza mediante la cobertura de un impreso normalizado con las dos modalidades, que pueda dar lugar a error. Es una declaración expresa propia, que solo recoge la primera modalidad, de realización con los medios internos del propio contratante:

“COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS MATERIALES.

(...)

DECLARA:

Que la adecuada implementación y empleo del suministro ofertado puede llevarse a cabo con los medios internos disponibles del contratante, conforme se

detallan en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (apartado 3. Características Técnicas), sin necesidad de recurrir a medio alguno adicional”.

Procede estimar este motivo del recurso: el compromiso de adscripción de medios de AGILENT elige la modalidad 1 de realización con los medios internos de la Fundación contratante, y no oferta los reactivos necesarios para ello, incumpliendo los Pliegos.

Procede en cambio desestimar la alegación relativa a la autorización para la comercialización del equipo ILLUMINA, que se puede emplear sin la misma.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la mercantil GENYCELL BIOTECH ESPAÑA, S.L.U., contra la resolución de adjudicación en favor de la empresa AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S. del “suministro de una solución NGS integral para la realización de proyecto de investigación por secuenciación masiva (NGS) en la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Clínico San Carlos”, en los términos del fundamento de derecho quinto.

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 multa prevista en

el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento.

Cuarto .- 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 59.1 de la LCSP.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL