

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

En Madrid, a 8 de julio de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Carl Zeiss Iberia, S.L. (en adelante ZEISS) contra la resolución de adjudicación de fecha 6 de marzo de 2020 del contrato de suministro y montaje de un microscopio electrónico de barrido de emisión de campo (FE-SEM) de alta resolución provisto de detector de transmisión (STEM) para la Fundación IMDEA Energía, con Referencia 2020/01, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 3 de enero de 2020 se publicó en el perfil de contratante alojado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria del contrato de suministro de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos ellos evaluables de forma automática. El valor estimado del contrato es de 368.470 euros, con un plazo de ejecución de seis meses.

**Segundo.-** A la licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

IMDEA Energía admitió a la licitación a las 3 empresas presentadas y adjudicó el 6 de marzo de 2020 el contrato de suministro a la empresa Izasa Scientific SLU (en adelante IZASA), con notificación y publicación de la Resolución en el perfil de contratante el 10 de marzo de 2020. El 12 de marzo de 2020, ZEISS solicitó al Órgano de contratación poder acceder a la revisión del expediente, examen que quedó pospuesto como consecuencia de la promulgación del estado de alarma por el Covid-19, habiendo tenido lugar finalmente el 3 de junio, tras haberse reactivado el 1 de junio los procedimientos administrativos no electrónicos, como es el caso.

**Tercero.-** El 12 de junio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de ZEISS en el que solicita la anulación de la Resolución de adjudicación, *“tras comprobar que son erróneas las especificaciones técnicas de los equipos de IZASA y de FEI que han sido incluidas en las ofertas de estas casas comerciales y que, en base a ello, procede adjudicar el Contrato a ZEISS al ser la empresa que habría conseguido finalmente la mayor puntuación total de todas las ofertas”*. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento.

**Cuarto.-** El Órgano de contratación el 17 de junio de 2020, remitió el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 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). El informe solicita la desestimación del recurso, por las razones que se expondrán en los fundamentos de derecho.

**Quinto.-** El 18 de junio de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 24 de junio de 2020 se reciben en este Tribunal las alegaciones presentadas por la representación de Izasa, dentro del plazo concedido. La adjudicataria solicita la desestimación del recurso, por haberse valorado las ofertas de manera correcta, actuando el Órgano de contratación con estricta sujeción a los criterios establecidos en los Pliegos rectores de la licitación.

**Sexto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el Órgano de contratación en su informe no solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

## 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.

La Fundación IMDEA Energía tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública, y su régimen jurídico viene establecido en los artículos 316 y siguientes de la LCSP.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al ser la segunda clasificada en la adjudicación del contrato.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado se notificó el 10 de marzo y el recurso se presentó el 12 de junio de 2020, habiendo estado suspendido este procedimiento desde el 14 de marzo hasta el 1 de junio por el estado de alarma declarado a consecuencia del covid-19, y en consecuencia presentado dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** El fondo del asunto, se concreta en determinar si es correcta la valoración dada por el Órgano de contratación a la proposición presentada por la adjudicataria, concretamente en el criterio de adjudicación evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas relativo a las mejoras ofertadas en la resolución del microscopio.

Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso lo dispuesto en la cláusula 1 del pliego de cláusulas jurídicas particulares (PCJP) que rigen la contratación, relativa a las características del contrato, en particular los apartados 8 y 9 referidos a los criterios de adjudicación y a la documentación a presentar para su acreditación:

*“8.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.*

*(...)*

*CRITERIO PRECIO: ponderación máxima 40 puntos*

*(...)*

*CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS: ponderación máximo 60 puntos*

*1. Mejoras en la resolución del microscopio: Max. 30 puntos.*

*1.A. Mejoras en la resolución alcanzada con el detector STEM retráctil*

sectorizado: *Max. 10 puntos.*

- *Alcanzar una resolución de 0.7 nm (1 punto).*
- *Alcanzar una resolución de 0.6 nm (3 puntos).*
- *Alcanzar una resolución de 0.5 nm o mejor (10 puntos).*

*1.B. Mejoras en la resolución alcanzada por los detectores trabajando a un voltaje de aceleración de 15 kV: Max. 10 puntos.*

- *Alcanzar una resolución de 0.7 nm (1 punto).*
- *Alcanzar una resolución de 0.6 nm (3 puntos).*
- *Alcanzar una resolución de 0.5 nm o mejor (10 puntos).*

*1.C. Mejoras en la resolución alcanzada por los detectores trabajando a un voltaje de aceleración de 1 kV: Max. 10 puntos.*

- *Alcanzar una resolución de 0.9 nm (5 puntos).*
- *Alcanzar una resolución de 0.8 nm o mejor (10 puntos).*

*2. Inclusión de un filtro de energías variable (...)*

*9.- Documentación técnica a presentar en relación con los requisitos obligatorios y con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:*

- *Documentación demostrativa de los requisitos técnicos obligatorios. (...)*
- *Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.*

*La proposición económica y los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas se presentará redactada conforme al modelo fijado en el ANEXO I del presente pliego que se aportará en papel, firmado y sellado por el responsable de la empresa.*

*Además, las empresas licitadoras presentarán, en forma impresa y debidamente firmada por el representante legal de la empresa, la siguiente documentación acreditativa de las mejoras ofertadas en los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:*

- *Folleto, catálogos, fichas técnicas y/o diseños y fotos que demuestren las mejoras ofertadas.”*

*(...)”*

La recurrente plantea en su escrito de interposición que en la revisión del expediente pudo detectar que las empresas IZASA y FEI habían declarado en sus ofertas unos valores de las especificaciones técnicas de sus equipos que no se corresponden con los valores reales que tienen dichos equipos, si se comparan los valores declarados en sus ofertas con la información publicada en sus páginas web e incluso con la información que puede verse en los catálogos de sus productos. Catálogos que precisamente presentaron en el Sobre 2 de sus ofertas como documentos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos de sus equipos.

Así alega que, en relación a los apartados 1.A, B y C de los criterios técnicos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas de la cláusula 1.8 del PCJP, tanto FEI como IZASA, han incorporado en sus ofertas unas especificaciones de los equipos propuestos que no se corresponden con las que figuran en sus páginas web ni en los catálogos de producto que han presentado, por lo que en base a ello, la puntuación técnica obtenida por FEI e IZASA sería menor a la que figura en las tablas de ponderación de criterios y, por consiguiente, la puntuación total obtenida.

ZEISS manifiesta que aproximadamente 6 de las 18 páginas de la oferta técnica de IZASA (la tercera parte) está declarada como información confidencial, y por consiguiente no la ha podido evaluar. No obstante, ha podido verificar que solo la resolución a 1 kV es conforme a las especificaciones del sistema del equipo que comercializa IZASA (distribuidor de la marca JEOL) mientras que las otras dos (a 15 kV y STEM) no son mejores de 0.5 nm como asegura IZASA. En la valoración IZASA ha obtenido un total de 30 puntos en el apartado relativo al requisito técnico de “Resoluciones del equipo”, mientras que una puntuación conforme a las especificaciones del equipo que figuran en su web y en su catálogo de producto deberían ser 16 puntos.

Igual análisis hace de la proposición presentada por FEI, concluyendo que debería por tanto ser la adjudicataria del contrato la recurrente.

Por último, hace constar que *“en el caso de productos tecnológicos la única documentación técnica que tiene validez oficial para poder “acreditar” que un equipo tiene determinadas características técnicas es la Ficha Técnica del producto y el Manual del Fabricante, aprobados por Entes públicos o privados acreditados, y que los Catálogos de los productos (documento de tipo comercial /marketing de las compañías) no deben contener información distinta a la contenida en dichos documentos. Por consiguiente, para el caso de que una empresa haya realizado con posterioridad a la aprobación de la Ficha técnica y del Manual del Fabricante, estudios de investigación o cuente con publicaciones que permitan acreditar nuevas funcionalidades de dichos equipos o nuevas o mejoras en las especificaciones técnicas de los mismos, estas novedades o mejoras no podrán tener valor “oficial” y por tanto NO deberán tenerse en cuenta en “concursos públicos” hasta que dichas novedades o mejoras sean incorporadas a la Ficha técnica y al Manual del Fabricante, y estos documentos reciban el aval de un Ente público o privado autorizado que se encargará de realizar las comprobaciones necesarias para poder verificar que efectivamente dicha novedades o mejoras son ciertas y por tanto puedan ya quedar reflejadas en dichos documento.”*

El Órgano de contratación interpreta de lo alegado por la recurrente que la declaración responsable efectuada por el resto de los licitadores no puede tomarse como válida a efectos de valoración (aunque sea correcta y cierta), sino que solo debe tomarse en consideración lo que sea “oficial” (según ZEISS el catálogo o la página web). Por tanto, la recurrente no duda de que las declaraciones responsables tengan un contenido cierto y real, sino de que, no pueden tomarse en consideración, y solo se puede acudir a lo establecido en los catálogos.

IMDEA informa que el PCJP requería que se cumplieran una serie de requisitos, y específicamente determinaba su acreditación mediante un sistema de prueba abierto. Es decir, no se limitaba a catálogos o a páginas web, sino que se incidía en la necesidad de poder usar medios de prueba alternativos o equivalentes, donde el licitador podía acreditar que cumplía con los parámetros exigidos objeto de valoración. Todo ello con miras a no limitar la concurrencia, no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, lo que en concreto se señala en el apartado 9 de la cláusula 1, al incluir



catálogos, fichas técnicas, diseños, fotos, etc. En este sentido señala que ZEISS no recurrió los pliegos, que es el documento que, en su caso, tendría que haber impugnado planteando que solo se tomaran en consideración parámetros de los catálogos oficiales o páginas web.

Asimismo, indica que en cualquier caso, nos encontramos ante una cuestión de carácter eminentemente técnico, no susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos.

Por último, alega que la comprobación la hará la Fundación en fase de ejecución, y no en fase de adjudicación, pues no tiene capacidad para verificar que, durante la licitación y antes de la entrega de los equipos, la información que los licitadores dan en los catálogos es cierta o no, que la información de las páginas web es cierta o no, o que las declaraciones responsables son ciertas o no, que las afirmaciones que hacen son ciertas o no. Considera que será en el momento de la entrega del equipo, y, en su caso, su posterior uso, donde la entidad adjudicataria deberá acreditar que el equipo fabricado específicamente para la licitación cumple con las condiciones exigidas en el pliego y que han sido objeto de valoración. Si el equipo no cumple no se procederá a su recepción, ni a su pago, imponiendo las penalidades correspondientes y, en su caso, las indemnizaciones por daños y perjuicios, además de rescindir el contrato por falta de cumplimiento.

La adjudicataria por su parte alega que presentó en el sobre 2 de su oferta imágenes experimentales donde se lograba la resolución que valoró el Comité Técnico de Contratación, dichas imágenes cuentan con la firma legal de JEOL, fabricante del microscopio electrónico ofertado, y son muestra irrefutable de que corresponden a valores reales. Los catálogos son documentos de venta que deben mostrar las capacidades generales del equipo, e incluyen información que se considera puede interesar a un cliente estándar de dicho producto, siendo habitual que comenten opciones no incluidas en la configuración estándar del equipo, así como especificaciones mejorables en el futuro. El equipo JSM7900 ofertado incluye valores de resolución que fueron superados de manera experimental posteriormente a la



publicación y divulgación de dicho catálogo. Para acreditar estos valores IZASA adjuntó las imágenes experimentales, así como un certificado oficial del fabricante, JEOL, en el que se especifica la norma utilizada ISO /TS 24597-2011 para caracterizar dichos resultados experimentales despejando cualquier posible duda sobre sus garantías.

A mayor abundamiento señala que la presentación de fotos consta expresamente admitida en el PCJP tanto de los requisitos técnicos obligatorios como de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas. Asimismo, indica que no existe ninguna obligatoriedad de incluir las mejoras técnicas en el manual del fabricante o en la ficha técnica del producto para que tengan validez legal. De hecho, es frecuente en este tipo de tecnología, microscopios electrónicos de barrido y de transmisión, que el catálogo se emita con valores considerados como de interés general y de estudios en fábrica con una configuración estándar. Dicha configuración puede variar de forma considerable dependiendo de las necesidades de cada cliente, incluyendo cierto tipo de detectores opcionales, sistema de deceleración, etc. Para esta licitación, la configuración es mucho más avanzada que la configuración estándar debido a los detectores y accesorios solicitados.

Este Tribunal analizado el expediente de contratación y las alegaciones de las partes comprueba que el Órgano de contratación ha seguido en la valoración de los criterios de adjudicación del contrato lo dispuesto en el PCJP, evaluando las ofertas presentadas por las licitadoras conforme a las condiciones previstas, puesto que la cláusula 1.9 del pliego no limita la acreditación del cumplimiento de las mejoras ofertadas a la información contenida en los catálogos o páginas web de los productos, sino que, como mencionan el Órgano de contratación y el adjudicatario, permite expresamente otros medios como fotos y diseños.

Como reiteradamente viene señalando este Tribunal en sus Resoluciones, es doctrina unánime, que los pliegos conforman la ley del contrato, y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, así como a los Órganos de contratación, obligando a las partes en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,

128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la cláusula 10 del PCJP dispone que *“La presentación de proposición supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas particulares que rigen el presente contrato, sin salvedad o reserva alguna”*.

La recurrente como informa el Órgano de contratación ha presentado oferta, sin impugnar los pliegos, lo que implica la aceptación de las condiciones establecidas en ellos, sin que, en este momento procedimental de la adjudicación del contrato, pueda ir contra las cláusulas establecidas para la licitación del contrato, al entenderse incondicionadamente aceptadas al presentar su oferta sin haberlas impugnado previamente, como expresamente prevé el artículo 50.1.b) de la LCSP al regular la iniciación del procedimiento y plazo del recurso disponiendo que *“(…) Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”*. En el presente caso el recurso se ha interpuesto formalmente contra la adjudicación del contrato, sin embargo, como plantea IMDEA, en el fondo y en la argumentación subyace la disconformidad de la recurrente con el contenido del PCJP.

Este Tribunal comprueba, que las mejoras ofertadas por la adjudicataria figuran en la proposición presentada por IZASA siguiendo el Modelo de proposición económica y criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, recogido en el Anexo I del PCJP, acompañada de la correspondiente documentación técnica, que efectivamente incluye las referidas fotos experimentales y el certificado de JEOL, por lo que formalmente cumple con lo dispuesto en los pliegos. Asimismo, queda constatado que IMDEA considera cumplidos los requisitos para la ponderación de las mejoras, considerando suficiente la documentación presentada para su acreditación, por lo que en aplicación del principio de discrecionalidad técnica se considera correcta la valoración efectuada.

Además, conviene señalar que el que las mejoras ofertadas a la licitación no figuren en la página web ni en el catálogo del producto no puede tener la virtualidad legal que le pretende conferir la recurrente, toda vez que tanto el catálogo como la información de la web del producto la elabora la empresa, no un organismo oficial ni su publicación implica su verificación. El catálogo es un documento en el que se detallan los productos de una empresa al objeto de informar a los posibles clientes o usuarios, en definitiva, una relación de productos o servicios que se ofrecen para la venta o prestación, que da pautas para las transacciones comerciales y les vinculan de cara al público. No obstante, como menciona IZASA, pueden incluir artículos no disponibles en stock, pero que podrían hacerse bajo pedido o en circunstancias especiales. La información que recoge el catálogo suele referirse a las medidas del producto, características técnicas, componentes, posibilidades de uso, precio de referencia, etc.

No procede entrar a considerar las alegaciones formuladas por la recurrente en relación a la oferta presentada por FEI, toda vez que es la tercera clasificada en el procedimiento impugnado.

Por todo lo expuesto este Tribunal, considera que procede desestimar el recurso presentado por ZEISS al no apreciarse vulneración de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, ni en la LCSP, y sin que conste en la decisión impugnada desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación, ni error manifiesto.

**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 la empresa Carl Zeiss Iberia, S.L., contra la resolución de

adjudicación de fecha 6 de marzo de 2020 del contrato de suministro y montaje de un microscopio electrónico de barrido de emisión de campo (FE-SEM) de alta resolución provisto de detector de transmisión (STEM) para la Fundación IMDEA Energía, con Referencia 2020/01.

**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.-** Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

**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 de la LCSP.