

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

En Madrid, a 1 de julio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Iridia Ibérica, S.L. (en adelante, IRIDIA) contra los pliegos que rigen el contrato de “Suministro de un sistema de experimentación *in-situ* en fase líquida para el microscopio de electrones JEOL F200 del centro de apoyo tecnológico (CAT) de la Universidad Rey Juan Carlos (URJC)”, número de expediente 2021011SUMA, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 15 de mayo de 2021 en la plataforma de la contratación del sector público y el 18 de mayo en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 236.000 euros y su plazo de duración será de 60 días.

Segundo.- El 2 de junio de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de IRIDIA en el que solicita la anulación de los pliegos respecto de las cuestiones planteadas en el recurso y la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación.

Tercero.- El 3 de junio de 2021, el órgano de contratación acordó suspender la tramitación del expediente de contratación hasta el momento en que se pronuncie este Tribunal sobre las alegaciones que presentará la Universidad sobre el recurso.

Cuarto.- El 7 de junio de 2021, 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) proponiendo la desestimación del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 17 de mayo de 2021, e interpuesto el recurso el 2 de junio de 2021 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2 a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso la recurrente alega en primer lugar que llama la atención que el objeto de la licitación es el suministro de un sistema de experimentación *insitu* en fase líquida para el microscopio de electrones JEOL F200, y sin embargo, en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), en el punto 10 de la cláusula SEGUNDA, dentro de las CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS MÍNIMAS, se establece como requisito mínimo la realización de *“up-grade de la cámara OneView de GATAN (actualmente instalada en el mencionado microscopio) al modo de trabajo denominado “in situ” por el fabricante. Esta actualización o ampliación de la cámara incluye la capacidad de grabar vídeos y aumentar en la velocidad de captura hasta 25 fps a máxima resolución. Se incluirá el ordenador/servidor que soporte eficazmente esta ampliación. La ampliación al modo In-situ se realizará por el servicio técnico oficial de Gatan en España, y en todo caso por cuenta de la empresa adjudicataria de este concurso”*.

Considera la recurrente que ese *“up-grade”*, no es más que una cámara nueva o ampliación de la existente con su propio ordenador/servidor, que nada tiene que ver con un sistema de experimentación *in situ* en fase líquida, por lo que se estaría exigiendo un suministro adicional que no tiene relación directa con el objeto principal de la licitación y que no consta en el objeto del contrato.

De la lectura de los pliegos alega la recurrente que el objeto del contrato no es más que una celda de líquidos con determinadas características para poder ser observado con un microscopio, con el que cuente el destinatario de la licitación. Y la cámara en cuestión se incluye como requisito mínimo, lo que provocaría la exclusión de cualquier licitador que sólo ofertase la celda de líquidos, pero no la cámara. Manifiesta que la celda de líquidos y la cámara son dos cosas completamente diferentes.

Añade la recurrente que además no sólo es que se incluya un suministro adicional, sino que además lo debe realizar el *“servicio técnico oficial de Gatan en España y en todo caso por cuenta de la empresa adjudicataria de este concurso”* esta referencia a un servicio técnico oficial concreto iría en contra de lo estipulado en el artículo 126.6 de la LCSP por establecer especificaciones discriminatorias.

Entiende la recurrente que este requisito conculca la igualdad de trato de los licitadores al necesitar contratar con un tercero que podría tener interés directo en el concurso ya que éste podría suministrar ambos equipos y que esto se podía haber resuelto parcialmente con la división de lotes, de tal manera que quién no estuviese en condiciones de suministrar la cámara, por requerir que sea de un determinado proveedor, podría licitar por la celda de líquidos. Según el pliego se solicita el suministro de ampliación de la cámara y el servidor/ordenador que lo soporte.

Continúa en sus alegaciones diciendo que el cumplimiento del requisito mínimo lo debe realizar el servicio técnico oficial de Gatán en España, que es la mercantil IZASA SCIENTIFIC, S.L.U. La cámara que se utilice para grabar ya es una cuestión independiente, que puede ser con la OneView de Gatan o cualquier otra.

El recurrente también plantea la posibilidad de que la propia IZASA se niegue a suministrar a un tercero esa tecnología para su posterior suministro al órgano contratante, por impedirsele su contrato de representación en exclusiva o porque se comporte como un licitador competidor dado que dicha sociedad también suministra soportes para trabajar con muestra líquida. Esta cuestión podría llevar a que solo IZASA podría completar el suministro que se solicita en los PPT.

Así manifiesta si bien en el proceso de elaboración de los pliegos se ha insertado un condicionante que puede no ser cumplido más que por una mercantil, y por lo tanto supone la exclusión del resto, por lo que entendemos o bien debe eliminarse de los requisitos mínimos, por ser una cuestión independiente, o bien proceder a la elaboración de lotes para que en su caso los posibles licitadores procedan a licitar sobre el resto de cuestiones.

La recurrente dice que no tiene especial interés en que se elimine la característica que solicitan como requisito mínimo, aunque aparentemente sólo una empresa pueda proporcionarla, si bien debe aparecer como un suministro en un lote diferenciado, de tal manera que pueda optar por licitar por el sistema de encapsulación, y no por la cámara o su ampliación.

En relación con la división en lotes alega la recurrente que el PCAP se limita a expresar que no existen lotes porque *“Se trata de un suministro de un equipo único y por tanto no justifica su división en lotes”* cuestión que choca frontalmente con la realidad del suministro por cuanto no sólo se solicita una celda de líquidos, sino que paralelamente, y sin que guarde relación directa con lo anterior, la ampliación de la cámara OneView y el suministro de un servidor/ordenador que soporte la nueva cámara”.

Por todo ello solicita la nulidad de aquellos apartados que hacen referencia a la exigencia del requisito mínimo (apartado 10, especialmente) y a la falta de división por lotes.

Por su parte el órgano de contratación opone que el objeto del contrato es la *“Adquisición de un sistema de experimentación in-situ en fase líquida”* y que el término sistema hace referencia a un conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto. Así, nuestra concreción de *“Sistema de experimentación en fase líquida”* incluye el portamuestras *in-situ* para líquidos, la estación de bombeo del líquido, la estación de comprobación de estanqueidad de la celda de líquidos, la actualización al modo *in-situ* de la actual

cámara digital del microscopio y cualquier otra característica necesaria para el funcionamiento correcto del conjunto, en particular todas y cada una de las mencionadas en el PPT publicado.

Respecto a lo que se indica de que se deberá realizar la actualización por el Servicio Técnico Oficial de Gatan (el fabricante de la cámara) en España, esa frase responde a que entendemos que es este Servicio Técnico el único competente para llevar a cabo esta actualización como representante oficial de Gatan y hacerlo con las debidas garantías. Además, considera que la frase puede ser redundante dado que no nos consta que pueda ser de otra manera, pero que en todo caso suprimir esa frase del pliego no supone desde el punto de vista técnico, el menor inconveniente.

La afirmación de la recurrente sobre la actualización de la cámara al modo *in-situ* no tiene nada que ver con el sistema de experimentación *in-situ*, no se corresponde en absoluto con la idea de “sistema de experimentación” que refleja la convocatoria del concurso. Todo lo contrario, consideramos la cámara del microscopio como parte integrante y esencial de este sistema por dos razones principales:

Primera: permite el registro de procesos dinámicos típicos de la microscopía *in-situ* que frecuentemente se producen a alta velocidad. Queremos mencionar que el hecho de que el fabricante de la cámara denomine “*modo in-situ*” al hardware y software necesario para un rendimiento apropiado de la cámara para trabajar con un sistema de experimentación en “*modo in-situ*”, no corresponde a una casualidad semántica, sino que responde a cuestiones técnicas bien definidas y justificadas.

Segunda: La cámara digital es parte del sistema de experimentación *in-situ* porque así se concreta de manera explícita en el concurso publicado por esta Universidad.

El órgano de contratación entiende que el recurrente ha realizado una interpretación errónea cuando afirma que el objeto del contrato no es más que una celda de líquidos cuando en realidad el objeto es el suministro de un sistema de experimentación *in-situ* en fase líquida para el microscopio de electrones JEOL F200.

En relación con la división en lotes opone el órgano de contratación que, si bien la licitación por lotes pudiera tener cabida desde el punto de vista administrativo, consideramos que desde el punto de vista técnico resulta más conveniente para la Universidad la licitación del sistema como un conjunto funcional. Difícilmente se concibe la microscopía de electrones moderna sin el registro digital de la imagen, por lo que en opinión de quienes suscribimos este Informe, la cámara es parte integrante y fundamental del microscopio. En todo caso, si hablamos “*del sistema de experimentación*” como se hace en el expediente publicado, no considerar la cámara como parte del sistema carece, a nuestro entender, de fundamento técnico y lógico.

Por lo que se refiere a los posibles conflictos entre empresas manifiesta que existe la posibilidad de contratación o subcontratación entre empresas de determinados servicios que es algo normal y habitual y en particular siendo ese servicio la actualización de un determinado hardware y software.

Vistas las alegaciones de las partes el objeto del recurso se centra en determinar si:

1.-Es posible la división en lotes.

2.- Si se está limitando la competencia.

Como cuestión previa señalar que el informe al recurso ha sido emitido por el responsable técnico de la microscopía de transmisión de electrones del centro de apoyo tecnológico. Hemos de partir de la premisa de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no

discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. El contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP.

Por ello, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar los siguientes apartados de los pliegos.

Consta en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que no procede la división en lotes porque *“Se trata de un suministro de un equipo único y por tanto no justifica su división en lotes”*.

En los pliegos de prescripciones técnicas en la cláusula primera referente al objeto del contrato consta:

“El presente documento tiene por objeto establecer las condiciones que regirán la contratación del “Suministro de un sistema de experimentación in-situ en fase líquida para el microscopio de electrones JEOL F200 del Centro de Apoyo Tecnológico (CAT) de la Universidad Rey Juan Carlos (URJC)”. (...)

“El suministro en conjunto debe quedar plenamente operativo en todos sus modos de trabajo, que se probaran en el microscopio JEM F200, y su funcionamiento verificado y aceptado por el personal técnico del CAT.”

“SEGUNDA. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS MÍNIMAS.

- 1- Se solicita un sistema específico para experimentos de microscopía electrónica de transmisión en medio líquido, con control de temperatura (calentamiento) y aplicación controlada de voltajes (BIAS), en versión para microscopios JEOL. En particular la totalidad del suministro deberá ser compatible con el modelo JEOL JEM F200 del Centro de Apoyo Tecnológico de la URJC.*
- 2- El sistema permitirá aplicar voltajes al líquido contenido en la microcelda mediante un mínimo de tres electrodos. Permitirá también el calentamiento del líquido hasta 100°C de temperatura. No es necesario que las funciones anteriores se apliquen de forma simultánea.*
- 3- Se valorará la posibilidad de limitar el abombamiento o “bulging” de las membranas de la microcelda mediante el control simultáneo de la presión del líquido a entrada y a la salida de esta microcámara.*
- 4- Los chips que conformen la microcelda se basarán en tecnología MEMS (Micro Electro Mechanical Systems).*
- 5- El diseño del portamuestras será compatible con la captación de espectros de energía X-EDS.*
- 6- El portamuestras debe permitir inclinar la muestra una vez dentro del microscopio un mínimo de $\pm 20^\circ$ en al menos un ángulo inclinación.*
- 7- Contará con una unidad de control automatizada para regular el flujo del líquido, permitiendo cambiarlos de manera continua.*
- 8- El sistema debe incorporar el software y hardware necesario para el control y registro automatizado de las condiciones y variables del experimento más relevantes, incluyendo un ordenador de última generación con el software de control y registro.*
- 9- Debe incluirse también una estación de comprobación de fugas para el portamuestras (cámara de vacío) al objeto de garantizar la estanqueidad del portamuestras, asegurando así, en la medida de lo posible, la integridad del microscopio durante el experimento en lo relativo a contaminaciones por fuga*

de fluido.

- 10- *La empresa adjudicataria deberá realizar up-grade de la cámara OneView de GATAN (actualmente instalada en el mencionado microscopio) al modo de trabajo denominado “in situ” por el fabricante. Esta actualización o ampliación de la cámara incluye la capacidad de grabar vídeos y aumentar en la velocidad de captura hasta 25 fps a máxima resolución. Se incluirá el ordenador/servidor que soporte eficazmente esta ampliación. La ampliación al modo In-situ se realizará por el servicio técnico oficial de Gatan en España, y en todo caso por cuenta de la empresa adjudicataria de este concurso.*
- 11- *Deben proporcionarse al menos 10 chips MEMS en total, cubriendo todas las posibilidades de trabajo soportadas por el sistema. Se valorará la ampliación del número de chips incluidos.*
- 12- *Este concurso incluye el equipo de instrumentación óptica y accesorios (posicionares) necesarios o convenientes para un alineamiento de precisión de los dos chips que conformen la microcelda.*
- 13- *Todos los componentes del sistema quedarán cubiertos por dos años de garantía integral. Se valorará la ampliación de esta garantía.*
- 14- *El período de formación en el uso del equipamiento será de al menos dos días en las instalaciones del CAT de la URJC, valorándose la ampliación en tiempo de esta formación”.*

A pesar de lo alegado por la recurrente que considera que el “up-grade” no es más que una cámara nueva o ampliación de la existente con su propio ordenador/servidor, que nada tiene que ver con un sistema de experimentación *in situ* en fase líquida, el órgano de contratación discrepa con la recurrente pues considera la cámara del microscopio como parte integrante y esencial de este sistema de experimentación.

Así defiende que el “Sistema de experimentación en fase líquida” incluye el portamuestras *in-situ* para líquidos, la estación de bombeo del líquido, la estación de comprobación de estanqueidad de la celda de líquidos, la actualización al modo *in-situ* de la actual cámara digital del microscopio y cualquier otra característica necesaria para el funcionamiento correcto del conjunto, en particular todas y cada una

de las mencionadas en el PPT publicado”.

Como señala este Tribunal en su Resolución 124/2018 *“Respecto de la discrecionalidad del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. La Directiva 2014/24/UE alude al principio de discrecionalidad en el Considerando 78, cuando afirma que “el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”. Sin embargo, existe una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia”.*

La motivación que ofrece el órgano de contratación es *“Se trata de un suministro de un equipo único y por tanto no justifica su división en lotes”*, en la memoria justificativa del contrato consta *“el equipo que se solicita permitirá la observación de muestras...”* y en el PPT consta *“El suministro en conjunto debe quedar plenamente operativo en todos sus modos de trabajo, que se probaran en el microscopio JEM F200, y su funcionamiento verificado y aceptado por el personal técnico del CAT”.*

Esta exigencia pone de manifiesto la imposibilidad de dividir en lotes el suministro al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones y que dificultaría la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico y en este sentido se pronuncia el informe del órgano de contratación *“no considerar la cámara como parte del sistema carece, a nuestro entender, de fundamento técnico y lógico”.*

Al respecto hemos de recordar que el artículo 99.3.b) *“En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:*

El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.”

En consecuencia, se desestima la pretensión de la recurrente sobre la división en lotes.

En relación con la segunda cuestión planteada, sobre la limitación de la competencia, en los PPT en el apartado 10 de las características mínimas consta *“La empresa adjudicataria deberá realizar up-grade de la cámara OneView de GATAN (actualmente instalada en el mencionado microscopio) al modo de trabajo denominado “in situ” por el fabricante. Esta actualización o ampliación de la cámara incluye la capacidad de grabar vídeos y aumentar en la velocidad de captura hasta 25 fps a máxima resolución. Se incluirá el ordenador/servidor que soporte eficazmente esta ampliación. La ampliación al modo In-situ se realizará por el servicio técnico oficial de Gatan en España, y en todo caso por cuenta de la empresa adjudicataria de este concurso”*.

Al respecto indicar que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones:

La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan.

La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

Como se puede observar de la lectura del PPT la cámara *OneView* de GATAN está actualmente instalada en el microscopio y el objeto del contrato es la actualización o ampliación de la cámara por lo que difícilmente se podrá evitar hacer referencia a la marca concreta. Por ello, este Tribunal considera que no conculca el artículo 126.6 de la LCSP, al no cumplir los dos requisitos citados anteriormente.

Cuestión diferente es que la ampliación deba realizarse por el servicio técnico oficial de Gatan en España., debiendo suprimirse esta referencia de los pliegos por ser limitativa de la concurrencia en el procedimiento de licitación.

En consecuencia, se estima parcialmente esta alegación de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Iridia Ibérica, S.L. contra los pliegos que rigen el contrato de “Suministro de un sistema de experimentación *in-situ* en fase líquida para el microscopio de electrones JEOL F200 del centro de apoyo tecnológico (CAT) de la Universidad Rey Juan Carlos (URJC)”, número de expediente 2021011SUMA, quedando anulada del PPT, cláusula segunda, apartado 10 la referencia “*se realizará por el servicio técnico oficial de Gatan en España*”.

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.- Recordar al órgano de contratación la necesidad de levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por él de oficio.

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.