



Recurso nº 353/2018 C.A. Cantabria 11/2018

Resolución nº 468/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 11 de mayo de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. E.R.R-J., en nombre y representación de la mercantil BIOMERIEUX ESPAÑA, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares, regulador del procedimiento de licitación del contrato de “*Sistema automatizado para el cultivo bacteriológico*”, Expediente: SCS2018/8, licitado por el Servicio Cántabro de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Cántabro de Salud ha tramitado el procedimiento para la licitación del contrato de “*Sistema automatizado para el cultivo bacteriológico*”, Expediente: SCS2018/8.

El contrato no se divide en lotes.

El valor estimado del contrato es de 1.948 800,00€, IVA excluido.

Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) el día 13 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado el 15 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial de Cantabria el 20 de marzo de 2018, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 11 de marzo de 2018.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento



General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Según certificado emitido por el órgano de contratación, en fecha 6 de abril de 2018 no se había recibido ninguna oferta de licitación en el procedimiento discutido. El plazo límite para la presentación de ofertas es el 30 de abril de 2018.

Cuarto. En la presente licitación es objeto de recurso el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador del contrato por los motivos que más adelante se dirán.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Sexto. El 13 de abril de 2018 se dictó resolución por la Secretaría del presente Tribunal, en la que se acordó la suspensión del procedimiento conforme a los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE el día 13 de diciembre de 2012.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, son objeto del recurso los pliegos reguladores del procedimiento de contratación, documentos susceptibles de impugnación conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.



Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, el recurrente justifica su posible interés de participar en el procedimiento de licitación, por lo que ostenta un interés concreto y preciso conforme al artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de publicación del procedimiento en el perfil del contratante y la presentación del recurso.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso, debemos alterar el orden de las alegaciones planteadas por la recurrente para comenzar por el segundo de sus motivos, por el cual se invoca la nulidad de pleno derecho del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP).

Realmente, el fundamento segundo del recurso no contiene una argumentación autónoma para solicitar la nulidad de los pliegos, sino que se limita, amén de la cita de diferentes preceptos jurídicos, a señalar lo siguiente: *“como hemos visto a lo largo de este recurso, la configuración de los pliegos rectores del procedimiento vulnera las normas más esenciales que rigen los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración, lo cual resulta especialmente lesivo para los intereses de los licitadores, al tiempo que supone un perjuicio indirecto para la propia administración contratante, con el consecuente agravio para el interés público.”*

Por tanto, dado que el fundamento segundo del recurso no contiene una impugnación y motivación diferente de lo alegado en el motivo primero, no puede ser apreciado favorablemente; y por ello, a la vista de lo anterior, debemos pasar al examen de la impugnación que realiza el recurrente en el fundamento primero de su recurso, que se circunscribe a la discusión de los criterios de adjudicación incorporados en el pliego.

Sexto. Con carácter previo al examen pormenorizado de las alegaciones del recurrente, hemos de examinar la normativa que resulta de aplicación al procedimiento de licitación impugnado.



La cláusula primera del PCAP determina el régimen jurídico del contrato, y en tal determinación, señala que el contrato se regula por los propios pliegos y, entre otra normativa jurídica, por el TRLCSP de 2011.

No obstante, y dada la reciente entrada en vigor de la nueva 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), ha de ser analizado el régimen de transitoriedad de la nueva norma.

La disposición transitoria primera de la LCSP, señala en su apartado primero: *“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.”*

A la vista de la disposición anterior, y sin perjuicio de otras singularidades contenidas en la LCSP, como regla general los procedimientos de contratación se registrarán por la nueva LCSP cuando se hayan iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, entendiendo que se inician desde el momento de su publicación.

La entrada en vigor de la LCSP se previó en la disposición final decimosexta, según la cual: *“La presente Ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*” Habiéndose publicado la LCSP en el BOE de 9 de noviembre de 2017, su entrada en vigor se produjo el 9 de marzo de 2018.

En el presente caso, como vimos en el antecedente de hecho primero de esta Resolución, la primera publicación del procedimiento se produjo el 11 de marzo de 2018 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, rebasada la fecha límite del 9 de marzo. Ello nos lleva a entender que el procedimiento se ha de regir conforme a la LCSP, y no conforme al anterior TRLCSP.



Llegados a este punto podemos alcanzar dos conclusiones. La primera es que la cláusula primera del PCAP, que determina un régimen jurídico equívocado, deviene inaplicable, por ser contraria al régimen transitorio de la nueva LCSP. La segunda conclusión es que el examen del presente recurso deberá llevarse a cabo utilizando como parámetro de legalidad la LCSP, por ser la normativa de aplicación al procedimiento de contratación.

Séptimo. Realizadas las observaciones anteriores, entraremos en el fondo del recurso, limitado éste a la impugnación de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP.

Los criterios de adjudicación están fijados en la letra M del cuadro de características específicas del contrato. La distribución de la puntuación se ha establecido de modo que se otorgan 51 puntos al criterio del precio, mientras que 49 puntos son asignados a otros criterios objetivos. Los criterios objetivos, denominados en los pliegos como "*Mejoras al Pliego Técnico Evaluable mediante criterios objetivos*", se dividen en diez apartados, de cumplimiento obligatorio (el cumplimiento otorga la máxima puntuación, y el incumplimiento supone no obtener ningún punto) con diferentes puntuaciones cada uno de ellos, tal y como veremos a continuación.

El primer criterio cuestionado es el 1º de éstos, relativo a la "siembra con esferas magnéticas", al que se le atribuyen 8 puntos en caso de cumplimiento.

Entiende el recurrente que sólo la compañía InoquLA dispone de la tecnología relativa al sembrado con esferas magnéticas, sin que esta tecnología aporte ninguna ventaja funcional.

Por su parte, el órgano de contratación señala que desconoce las entidades que disponen de tal tecnología, al mismo tiempo que justifica la utilidad de esta técnica haciendo cita de diferentes artículos y estudios sobre la cuestión.

Pues bien, las alegaciones del recurrente no se han justificado en modo alguno, ni en la parte correspondiente a la disposición por una sola empresa de tal tecnología, ni en la parte correspondiente a su utilidad. Del mismo modo, no se ha invocado la vulneración de ningún aspecto legal concreto.



El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del Tribunal, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.

Como consecuencia de lo anterior, debemos recordar la doctrina de este Tribunal al respecto, reflejada, entre otras, en nuestra Resolución nº 385/2017 de 28 de abril de 2017, en la que nos pronunciamos como sigue:

“En esta misma línea, en la Resolución nº 208/2017 citábamos a su vez la nº 203/2016, en la que se reconoce cierto grado de discrecionalidad en la integración de los criterios de valoración subjetivos o dependientes de un juicio de valor, señalando que: “El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la determinación necesaria de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, entre otras en la Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre, en la que indicamos que: “a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones no102/2013, 263/2011). b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014). c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengán a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012). (..)” La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien



realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.”

(...)

En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, 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 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del 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. Asimismo, en la Resolución nº 296/2017 razonábamos como sigue: “El artículo 117.2 del TRLCSP, que el recurrente considera infringido, dice así: “Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”. Este Tribunal, en interpretación de los referidos preceptos, ha partido de que (p ej, Resolución no 54/2017) “la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en el TRLCSP y con los principios que consagra: libertad de acceso a las



licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.” Si bien, en la interpretación que realizamos del artículo 117 del TRLCSP hemos señalado, entre otras Resoluciones, en la número 20/2013, de 17 de enero, que “de conformidad con los principios que rigen la contratación pública, establecidos en el artículo 1 del TRLCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, corresponderá al órgano de contratación justificar de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato atendiendo a la funcionalidad requerida, evitando especificaciones técnicas innecesarias que limiten la concurrencia”. A ello debe añadirse, como señala el recurrente, que el considerando 74 y el artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que debería haber sido ya traspuesta, señalan que “(74) Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios. Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener



en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...). Y señalábamos asimismo: *“De la Directiva pues, se desprende que, si bien el órgano de contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de que el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad”*.

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio.

A continuación, el recurrente impugna conjuntamente los criterios 2º y 3º. El criterio 2º consiste en “La integración de proceso manual en el sistema mediante protocolo que permita también la automatización de las muestras sólidas y semisólidas”, al que se le atribuyen 3 puntos, y el criterio 3º, “modulo semiautomático de inoculación manual”, al que se le asignan 5 puntos.

El motivo del recurso en estos apartados estriba en considerar el recurrente que se puntúan dos veces los mismos aspectos.

Frente a ello, el órgano de contratación manifiesta lo siguiente en su informe sobre el recurso especial:

“El hecho de incluir esta característica del objeto del contrato en dos criterios distintos, este órgano de contratación no lo ha hecho de una forma arbitraria o caprichosa, sino que se ha basado en los siguientes razonamientos:



Respecto a los puntos 2 y 3, se considera como mejoras técnicas evaluables mediante criterios objetivos ya que la disponibilidad de un módulo semiautomático aporta la ventaja de poder trabajar con el 100% de las muestras en el mismo flujo de trabajo, con el mismo nivel de calidad y trazabilidad que en las muestras líquidas, sin necesidad de puestos de trabajo adicionales; además, consideramos que en este módulo semiautomático permanecen las ventajas de la automatización en cuanto a

- La trazabilidad completa, al seleccionar y etiquetar las placas automáticamente después de leer el código de barras de la muestra, además se transportarlas automáticamente frente al usuario en un área de seguridad.*
- La prevención de error humano al inocular la muestra frente al usuario; éste está obligado a leer el código de barras de la muestra y no puede abrir manualmente la tapa, evitando cualquier riesgo de colocar la muestra en la placa incorrecta*
- La calidad de la siembra, ya que utiliza la misma tecnología de esferas magnéticas para sembrar la muestra automáticamente que en las muestras líquidas.*
- La carga automática de las placas en las incubadoras, sin necesidad de intervención humana para cargarlas en el transportador (o en un cassette de entrada como en el WASPLab o cualquier otro sistema automático)*

La imposibilidad de la siembra semiautomática de muestras sólidas y líquidas no aportaría estas ventajas al laboratorio.”

Expuesta la confrontación entre el recurrente y el criterio de la Administración, se aprecia claramente que se trata de apreciaciones subjetivas, frente a las cuales debe prevalecer el criterio técnico de la Administración, que se nos aparece como suficientemente motivado y razonable.

El siguiente criterio cuestionado es el 4º, “siembra con placa tapada para evitar contaminaciones”.

Según el recurrente, la siembra con esferas magnéticas obliga a que se haga de manera tapada, por lo que se estaría produciendo otra duplicidad.



Por su parte, el órgano de contratación expone que: *“consideramos como mejora técnica evaluable mediante criterios objetivos la siembra con placa tapada, ya que cuanto más tiempo la placa esté cerrada más se evita la contaminación cruzada, como ocurre durante otros procesos de laboratorio, como la incubación o transporte de las placas. Se trata de una buena práctica común de laboratorio y un medio para reducir aún más el riesgo.*

Con la tapa cerrada, los aerosoles no se transportan por el aire fuera de la placa durante el proceso, por lo que se reduce el riesgo de contaminación cruzada o ambiental frente a la siembra con asa, ya sea automática o manualmente. Es por este riesgo de contaminación por lo que la siembra se realiza habitualmente junto a una fuente de calor (mechero) y/o en cabina de flujo laminar para eliminar los posibles contaminantes, por lo que optamos por valorar la mayor seguridad posible.”

De nuevo, se incurre en una discusión técnica que el Tribunal no puede ni debe llevar a cabo. La discrecionalidad técnica de la Administración sólo habrá de ser corregida en caso de error manifiesto, arbitrariedad o infracción de elementos reglados. No invocando el recurrente ninguno de estos aspectos, el motivo no puede ser estimado.

El siguiente criterio objeto de recurso es el criterio 5º, “capacidad para sembrar hasta 5 placas a la vez”, que otorga 8 puntos a quien ostente tal capacidad, y 0 puntos en caso contrario.

Como ha ocurrido en alegaciones precedentes, el recurrente considera que se favorece a una determinada empresa que está capacitada para llevar a cabo esta actuación, perjudicando a las demás. Plantea el recurrente, adicionalmente, que se valore proporcionalmente este criterio, de modo que no se puntúe sólo la capacidad para sembrar 5 placas a la vez, sino que proporcionalmente se puntúe a quien siembre 4, 3, 2...

La Administración opone nuevamente que se trata de preferencias subjetivas. En cuanto a la proporcionalidad pretendida, entiende que el anterior TRLCSP no obligaba a ello.

Pues bien, tampoco puede ser estimada la pretensión del recurrente, que no aporta ningún motivo para remover el criterio de la Administración.



En cuanto a la proporcionalidad en la valoración, la misma podría ser razonable, pero nuevamente se trata de una cuestión que queda a la libre determinación del órgano de contratación, sin que la LCSP obligue a puntuar proporcionalmente.

En cualquier caso, la propuesta del recurrente presenta también sus limitaciones, pues en el caso de que se aplicara una proporcionalidad pura, debería darse un punto (o incluso más por la proporcionalidad) a aquellos que cultiven una sola placa, lo que sería totalmente injusto pues es lo mínimo necesario. Del mismo modo, este Tribunal desconoce la brecha tecnológica y de productividad que puede existir entre cultivar 3, 4, o 5 placas a la vez, por lo que no puede valorar la justificación de la relevancia de este aspecto, debiendo validar el criterio administrativo ante la falta probatoria de la recurrente.

A continuación, el recurrente impugna el criterio 7º, “incubadoras con puertos independientes para el manejo de placas para entrada y salida y toma de imágenes con el fin de evitar la saturación del sistema”, al que se le atribuye 3 puntos.

De nuevo, entiende el recurrente que sólo se pretende beneficiar a la compañía InoquaA, por ser la compañía que dispone de la tecnología posible para cumplir este criterio.

La Administración explica su elección bajo los siguientes argumentos: *“Se ha incluido el punto 7 como mejora técnica evaluable mediante criterios objetivos ya que considera que la disponibilidad de 3 puertos independientes aporta ventajas a la hora de manejar mayor nº de muestras y tomar mayor número de imágenes por incubador/hora frente a otras soluciones lo que permitirá gestionar de mejor manera los flujos de trabajo discontinuos y coincidentes en el laboratorio en cuanto a llegada, siembra, salida y toma de imágenes para su análisis.*

El rendimiento con esta solución que apreciamos como mejora puede llegar a superar por ejemplo la toma de 240 imágenes a la hora. Velocidad que otras soluciones únicamente alcanzarían aportando más incubadoras lo que desvirtuaría la idea de un sistema compacto para no sobre ocupar el laboratorio.”

No varía nada respecto a los puntos anteriores, y no hay ninguna evidencia de alteración de la libre concurrencia o discriminación de unas empresas frente a otras.



Por otro lado, pese a la reiteración del recurrente en su idea de que se pretende favorecer a una empresa determinada, no ha invocado expresamente el artículo 126.6 de la LCSP. Dicho precepto establece: *“6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».”*

El artículo 126.6 de la LCSP proscribe la utilización de marcas, patentes o tipos, pero también, entre otros, la referencia en las determinaciones técnicas de *“una fabricación”*, *“una procedencia”*, o *“un procedimiento concreto”*. A pesar de ello, el recurrente no ha demostrado que los criterios de adjudicación se basen indirectamente en prescripciones técnicas prohibidas en base a alguno de los elementos mencionados en el artículo 126.6 de la LCSP, de modo que se haya favorecido de forma encubierta a una empresa determinada y limitado la concurrencia efectiva.

Este Tribunal no dispone del conocimiento necesario del mercado para discernir sobre un eventual favorecimiento a la hora de establecer criterios de adjudicación. Por el contrario, corresponde la carga de la prueba a la empresa que invoca la restricción de la competencia, que sólo ha justificado qué empresa cumple los criterios de adjudicación, pero no ha indicado qué empresas, de las incluidas en el sector, no cumplirían tales requisitos, llevando a cabo un argumento completo.

Todo lo anterior nos obliga a desestimar la impugnación.

Por último, se discute el 10º criterio según el cual se atribuyen hasta 3 puntos por la disposición de un “servicio con atención al cliente 24h/7 días”.

El recurrente considera que el criterio no es lo suficientemente expresivo, y no valora el modo de organización del servicio.



Frente a ello, la Administración justifica la utilidad de poder disponer de un servicio técnico permanentemente disponible. Al mismo tiempo apunta que la organización de tal servicio no le compete, pues únicamente quiere poder disponer de tal servicio.

Pues bien, siendo ciertamente parco el criterio establecido, no es menos cierto que los criterios de adjudicación, como expusimos, simplemente valoran el cumplimiento, y no atribuyen puntuación alguna en caso de incumplimiento, siendo criterios objetivos. Por tanto, no se considera que el criterio incluido en el pliego sea irracional, arbitrario o carente de conexión con el objeto del contrato.

Respecto a este último punto, el órgano de contratación justifica su inclusión bajo el siguiente razonamiento: *“Se ha incluido el Servicio con atención al cliente 24h*7 días como mejora técnica evaluable mediante criterios objetivos porque se considera que es el tiempo que mejor se ajusta a las necesidades del Servicio de Microbiología con un horario de 8 a 22 horas, siendo también incluidas en este servicio las incubadoras que funcionan 24 horas por ser un proceso continuo. Los fines de semana y festivos el horario es el mismo.*

*Así mismo, este servicio 24*7 permite reparaciones de incidencias que puedan surgir en el laboratorio sin interrumpir el funcionamiento de éste y estar preparados para posibles ampliaciones de horario continuo de dicho laboratorio, si así lo consideraran tanto el H. U. M. de Valdecilla como el SCS.”*

La postura de la Administración se considera razonable.

A la vista de todo lo hasta aquí expuesto, habiéndose desestimado todas las alegaciones del recurrente, procede desestimar íntegramente el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. D. E.R.R-J., en nombre y representación de la mercantil BIOMERIEUX ESPAÑA, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares, regulador del



procedimiento de licitación del contrato de “*Sistema automatizado para el cultivo bacteriológico*”, Expediente: SCS2018/8; confirmando íntegramente el acto impugnado.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. 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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.