

Recurso 165/2014
Resolución 62/2015

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 24 de febrero de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato denominado “Suministro de clavos intramedulares con destino al Hospital Universitario Reina Sofía, Hospital Infanta Margarita (perteneciente al Área de Gestión Sanitaria Córdoba Sur) y Hospital Comarcal Valle de los Pedroches (perteneciente al Área Sanitaria Norte de Córdoba) adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Córdoba”, convocado por el Hospital Reina Sofía de Córdoba que se encuentra adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 149/2014), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de marzo de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, con fecha 18 de marzo de 2014, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 66. Dicho anuncio fue publicado también en el perfil de contratante de la



Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el mismo día 18 de marzo. Finalizando el plazo de presentación de ofertas el 21 de abril de 2014.

Con fecha 7 de abril de 2014 se emite resolución del órgano de contratación de de rectificación de errores existentes en el cuadro resumen y en el Anexo A del pliego de cláusulas administrativas particulares y posteriormente mediante resolución de 10 de abril de 2014 del órgano de contratación se amplía el plazo para la presentación de ofertas hasta el día 22 de mayo de 2014, circunstancias que asimismo se recogen en la citada plataforma de contratación con fechas 9 y 11 de abril, respectivamente.

El valor estimado del contrato es de 2.558.872,76 €.

SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 28 de abril de 2014, tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad JOHNSON & JOHNSON, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con la misma fecha de 28 de abril, la recurrente presentó en el Registro general del órgano de contratación anuncio previo de interposición del recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

La recurrente impugna el pliego de cláusulas administrativas particulares y en concreto, la resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Reina



Sofía de Córdoba, sobre rectificación de errores existentes en el cuadro resumen y en el Anexo A del citado pliego de cláusulas administrativas particulares y solicita que se anule la convocatoria del expediente citado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. Previa petición de la Secretaría de este Tribunal de fecha 28 de abril de 2014, fecha de salida 30 de abril, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación, junto con un informe del órgano tramitador del expediente, un informe sobre alegaciones efectuadas por el órgano de contratación a la solicitud de medidas cautelares realizada por la recurrente y listado en el que constan los datos a efectos de notificación de las empresas licitadoras que hasta entonces habían presentado la documentación para participar en la licitación. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación, teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 15 de mayo de 2014.

Con fecha 22 de mayo de 2014 por la Secretaría de este Tribunal se remite escrito a la recurrente poniéndole de manifiesto que del contenido del recurso se deduce el que pudiera concurrir posible causa de inadmisión del mismo por presentación fuera de plazo, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para alegaciones. Dichas alegaciones fueron recibidas por fax y por correo electrónico el 26 de mayo de 2014.

Por la Secretaría de este Tribunal se remite escrito al órgano de contratación al objeto que en el plazo de dos días hábiles acredite la fecha de puesta a disposición de la documentación a la recurrente. La respuesta del órgano de contratación se recibe en el Registro auxiliar de este Tribunal el 5 de junio de 2014.

Asimismo, y con fecha 4 de junio de 2014 se solicitó por la Secretaría de este Tribunal listado actualizado con las nuevas empresa licitadoras, en su caso, respecto al enviado anteriormente. Dicho listado fue enviado y recibido en este Tribunal el mismo día 4 de junio.



QUINTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 5 de junio de 2014, se concedió un plazo de cinco días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones. En el plazo concedido para ello solo la empresa STRYKER IBERIA, S.L. ha presentado alegaciones en relación con el recurso presentado por JOHNSON & JOHNSON, S.A.

SEXTO. Mediante resolución de 10 de junio de 2014 este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.



El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del mismo, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 del TRLCSP, en su primer párrafo, dispone: *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

Así pues, el legislador español, dentro de las posibilidades que ofrece la Directiva de recursos, opta por computar el plazo para la impugnación de los pliegos -quince días hábiles- a partir del día siguiente a aquél en que hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP, precepto que va referido a la puesta a disposición de los pliegos a los licitadores cuando los mismos no se han facilitado por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.



El artículo 142 del TRLCSP establece como obligatoria la publicación del anuncio de licitación tanto en el Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma, según los casos, como en el perfil de contratante del órgano de contratación.

En los casos en que los pliegos se hayan puesto a disposición de los licitadores mediante su publicación en el perfil de contratante, la eficacia jurídica de los mismos a efectos de cómputo del plazo para poder interponer el recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el citado artículo 44.2.a) del TRLCSP, sólo se produce cuando se han cumplido todos los requisitos de publicidad obligatoria que establece el citado artículo 142 del TRLCSP, es decir, el anuncio en el Boletín Oficial que corresponda y, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea (cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada), además de en el perfil de contratante.

En consecuencia, en los supuestos en que se ha facilitado el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el cómputo del plazo de quince días para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquél en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante.

En este sentido, si los pliegos se hubieran publicado en el perfil de contratante antes del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial correspondiente, el plazo del recurso contra aquéllos no se computa hasta el día siguiente a la publicación del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial, puesto que hasta entonces aquéllos carecen de eficacia jurídica.

Por el contrario, en caso de que se anuncie la licitación en el Boletín Oficial antes de que se publique en el perfil de contratante, el plazo de interposición del



recurso no se computa hasta el día siguiente a aquél en que se publiquen los pliegos en el perfil, puesto que hasta entonces, éstos no se ponen a disposición de los licitadores.

En el presente caso, el anuncio de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía se realizó el 15 de marzo de 2014 y el 18 de marzo de 2014 en el Boletín Oficial del Estado, indicándose que la documentación, incluido por tanto los pliegos, se podían obtener en el perfil de contratante, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 19 de marzo de 2014, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Sin embargo, con fecha 7 de abril de 2014 se emite resolución del órgano de contratación de rectificación de errores existentes en el cuadro resumen y en el Anexo A del pliego de cláusulas administrativas particulares, circunstancia que se recoge en la plataforma de contratación con fechas 9 de abril de 2014, por lo que el plazo, lógicamente, se ha de computar a partir del día 10 de abril.

Esta es la interpretación más acorde a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que acoge la fecha de publicación de los pliegos o demás documentos contractuales como inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación, tal y como dispone el artículo 2 quarter: *”En el caso de recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de la presente Directiva, que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión”.*

Al mismo tiempo, esta interpretación es acorde con el propio TRLCSP puesto que los pliegos “se ponen a disposición” de los licitadores cuando se cumplen



todos los requisitos de publicidad que establece el artículo 142 del TRLCSP. Por tanto, una vez anunciada la licitación y publicados los pliegos conforme a lo dispuesto en el citado precepto, debe comenzar el cómputo del plazo de interposición del recurso.

En cuanto al escrito de interposición del recurso, el mismo fue presentado el día 28 de abril de 2014 en el Registro auxiliar de este Tribunal, por lo que se presentó dentro del plazo legal indicado. Sin embargo, la recurrente en su recurso manifiesta que la citada resolución de rectificación de errores, objeto del presente recurso, se publicó en la plataforma de contratación el día 7 de abril de 2014, cosa a todas luces imposible, dado que la misma según consta en la citada plataforma de contratación y se puso de manifiesto más arriba, se publicó el día 9 de abril de 2014. La recurrente en escrito de alegaciones, a requerimiento de este Tribunal, declara que se trató de un error tipográfico.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

Previamente, y para un mejor análisis del recurso, procede traer a colación los aspectos fundamentales, en los que incide la recurrente, de la resolución de rectificación de errores de 7 de abril de 2014 objeto de recurso. Así, la citada resolución de rectificación de errores, recoge que se advierte error material en el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares *“apartados 9.2 y 9.3, en concreto la inclusión del lote 9 en la Agrupación de lote 1 y la inclusión de los lotes 22 y 23 en la Agrupación de lote 2, ya que estos tres lotes (9, 22 y 23) deben ir independientes, sin ser incluidos en ninguna agrupación. Por lo que afecta al apartado 5.2, se ha detectado error en la modalidad de ofertar los bienes objeto de la contratación. Asimismo, como consecuencia de la exclusión de los lotes 9, 22 y 23 de las agrupaciones 1 y 2, procede añadir un*



nuevo apartado (9.3.1.) en el que se incluya dichos lotes”. Por tanto, la situación antes y después de la rectificación es la siguiente:

Antes de la rectificación:

Agrupación 1: Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12

Agrupación 2: Lotes 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26

Agrupación 3: Lotes 27, 28, 29 y 30

Los bienes objeto de esta contratación podrán ser ofertados: Por agrupaciones de lotes.

Después de la rectificación:

Agrupación 1: Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 12

Agrupación 2: Lotes 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25 y 26

Agrupación 3: Lotes 27, 28, 29 y 30

Lote 9

Lote 22

Lote 23

Los bienes objeto de esta contratación podrán ser ofertados: Por lotes y agrupaciones de lotes.

Visto lo anterior, pasamos a describir el alegato de la recurrente, que centra su recurso en que *“la distribución independiente de los lotes 9, 22 y 23 no es posible desde un punto de vista técnico”*. Para ello manifiesta que *“La estructura completa de los lotes o agrupaciones, debe constar de bloqueo pernos / tornillos y un clavo... Con la nueva distribución de lotes, los clavos pasan a formar parte de lotes totalmente independientes... Si se mezclan implantes de diferentes fabricantes los cambios de comportamiento mecánico, conllevan un alto riesgo de fracaso. En estos casos el fabricante no puede garantizar su fiabilidad.”*. Para reforzar su alegato acompaña determinada documentación que literalmente denomina *“Normativa ASTM Internacional*



para el control de los dispositivos intramedulares válido para todos los fabricantes de dichos sistemas e Instrucciones de uso de diversos productos comercializados, en los que se refleja de manera clara que no se pueden mezclar implantes de distintas casas comerciales, salvo autorización expresa del fabricante”. Por último, sigue manifestando la recurrente, “el hecho de que las longitudes medidas con el instrumental de una casa comercial puede ser diferente si no se realiza según el procedimiento y técnica quirúrgica que marca la compañía y puede ser causa de fracaso del tratamiento.”.

SEXTO. El órgano de contratación en su informe manifiesta que tras una aclaración solicitada por una empresa licitadora pudo comprobar que se había incurrido en un error material al incluir en las agrupaciones 1 y 2 clavos pertenecientes a extremidades superiores e inferiores, lo que, a su juicio, limitaba la concurrencia, pues los que no fueran fabricantes o comercializadores de clavos para extremidades superiores se verían excluidos de la licitación. De ahí que al objeto de garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia y no discriminación, se dictó la reiterada resolución de rectificación de errores subsanando el error material detectado y clasificando los clavos en función de las extremidades a las que iban a ser destinados: superiores e inferiores.

Así, sigue manifestando el órgano de contratación, y tras la rectificación operada, la agrupación 1 incluye “clavos de acero para fémur y tibia. Asimismo incluye bloqueo de acero cefálico, tornillos de acero de cierre y pernos de bloqueo de acero”. La agrupación 2 incluye “clavos de titanio para fémur y tibia. Así mismo incluye bloqueo de titanio cefálico, tornillos de titanio de cierre y pernos de bloqueo de titanio”. El lote 9 independiente incluye “clavo intramedular canulado acero húmero-GC”. El lote 22 independiente incluye “clavo intramedular canulado titanio húmero Ø 6-7 mm GC”. Y el lote 23 independiente incluye “clavo intramedular canulado titanio húmero Ø 9-10 mm GC”.



Con ese cambio, sigue alegando el órgano de contratación, que *“se abre la futura contratación a nuevos licitadores que podrán presentar sus ofertas a clavos intramedulares de miembros superiores en cualquiera de los dos metales utilizados (acero o titanio), además de poder licitar a clavos intramedulares en (acero o titanio) de miembros inferiores. Por otro lado, si se produjera la adjudicación de los lotes 9, 22 y 23 a licitador distinto al adjudicatario de las agrupaciones de lote 1 y/o 2, no significaría de ninguna manera vulneración alguna del interés público que supone el prestar una asistencia de calidad a los usuarios del Sistema Sanitario Público Andaluz, ya que precisamente los clavos intramedulares de estos lotes (9, 22 y 23) pertenecen a miembros superiores y según la evidencia y la práctica clínica, pueden insertarse sin necesidad alguna de instalar pernos de bloqueo y tornillos. Aún en caso de que para su inserción fuere necesario, según criterio asistencial, fijar el clavo intramedular mediante pernos de bloqueo y tornillos, está absolutamente claro que los componentes a utilizar serían del mismo material (acero o titanio, según el caso) y absolutamente compatibles con el clavo intramedular, al objeto de obtener un óptimo comportamiento mecánico ...”*.

SÉPTIMO. Una vez expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto del recurso, que como hemos expuesto más arriba se centra en que *“la distribución independiente de los lotes 9, 22 y 23 no es posible desde un punto de vista técnico”*, en definitiva la recurrente cuestiona la configuración de los lotes y/o agrupaciones de lotes realizada por la Administración tras la citada resolución de rectificación de errores de 7 de abril de 2014, alegando que no es posible desde un punto de vista técnico.

Para resolver el supuesto planteado en el presente recurso debe acudir a lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, teniendo en cuenta 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 la resolución 26/2014, de 12 de marzo y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 652/2014, de 12 de septiembre, 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.

El artículo 86 del TRLCSP, relativo al objeto del contrato, en su apartado 2 recoge la regla general de no fragmentación del contrato y de evitar su fraccionamiento artificial con la intención de soslayar los requisitos de publicidad o procedimiento, si bien en su apartado 3, establece que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Por su parte, el artículo 117.2 establece que *“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”*. Sobre estas normas tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como la jurisprudencia y este Tribunal se han pronunciado, declarando la proscripción de previsiones de los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o el establecimiento de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas si estas circunstancias carecen de todo fundamento.

En particular, es conveniente traer a colación la resolución 214/2013, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que analizando un supuesto en el que también se debatía la conveniencia de realizar



otra distribución por lotes de los productos a suministrar señalaba lo siguiente: *“Sin entrar a considerar si la división en lotes propuesta por la entidad recurrente que consiste en ... es la más razonable o no desde el punto de vista de las necesidades que pretende satisfacer el (contrato) proyectado, lo cierto es que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, pudiendo ser también razonable una división en lotes diferente a la propuesta por la recurrente en la medida que con ello se pueda incrementar la eficacia y la eficiencia en su ejecución. En efecto, ... este Tribunal ha manifestado reiteradamente su respeto a la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, por lo que no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el recurrente, pues ello sería contrario a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86.”*

Asimismo, como también ha quedado expuesto, en la regulación de los contratos públicos, además de la remisión realizada a los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 1 del citado texto refundido: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de 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”.*

Como vemos el citado artículo 1 establece como principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia, es decir, eficiente utilización de los fondos públicos, en palabras de dicho precepto legal. Sin embargo, también



sanciona, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes. No obstante, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación o un lote de un procedimiento, en sí mismo, no determina una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.

En el caso objeto de este procedimiento no puede afirmarse que el órgano de contratación, al detraer el lote 9 de la agrupación de lote 1 y al detraer los lotes 22 y 23 de la agrupación 2 y poder licitarse esos tres lotes de forma independiente, haya conculcado los principios de igualdad y concurrencia restringiendo la competencia, más bien al contrario, ya que pudiendo haber configurado el objeto del contrato como estaba, es decir, en tres agrupaciones de lotes, ha fraccionado más el suministro a contratar en tres agrupaciones de lotes y tres lotes independientes, lo cual, obviamente, produce la apertura de la licitación a un mayor número de empresas.

Cuestión distinta es que la definición de lotes efectuada por la Administración no haya sido del modo propuesto por el recurrente, pretensión que no puede acogerse por ser contraria a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86 del TRLCSP.

Asimismo, y a mayor abundamiento, hemos de destacar, como ya se recogió en la resolución 243/2014, de 9 de diciembre, de este Tribunal, que la configuración del objeto del contrato analizado tras la rectificación de errores en la que se



amplía el número de lotes a los que se puede licitar de forma independiente, se acomoda a las orientaciones de la normativa y jurisprudencia comunitarias, cada vez más sensibles al mayor acceso de las PYME a la contratación pública. En este sentido, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE señala en su considerando 78 que *“Debe adaptarse la contratación pública a las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado <<Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos>>, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes (...)”*

Por otro lado, el documento de trabajo de los servicios de la Comisión a que alude el Considerando expuesto de la Directiva establece como objetivo general permitir a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas. Asimismo, el citado documento tiene un doble propósito: de un lado, proporcionar a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores orientaciones sobre cómo pueden aplicar el marco jurídico comunitario de manera que facilite la participación de las PYME en los procedimientos de adjudicación de los contratos, y de otro lado, destacar las normas y prácticas nacionales que potencian el acceso de las PYME a los contratos públicos. Para lograr estos propósitos, una de las soluciones que propugna el documento de la Comisión es *“superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos”* para lo cual se propone intensificar la competencia mediante la subdivisión del contrato en lotes.



Por otro lado la recurrente, como se ha puesto de manifiesto, alega que no es posible desde un punto de vista técnico distribuir los lotes 9, 22 y 23 de forma independiente, dado que si se mezclan implantes de diferentes fabricantes los cambios de comportamiento mecánico conllevan un alto riesgo de fracaso, no pudiendo garantizar el fabricante su fiabilidad. Añade la recurrente el hecho de que las longitudes medidas con el instrumental de una casa comercial puede ser diferente si no se realiza según el procedimiento y técnica quirúrgica que marca la compañía y puede ser causa de fracaso del tratamiento. En definitiva, lo que cuestiona la recurrente es la previsión del artículo 86.3 del TRLCSP que permite la división del objeto del contrato en lotes *“siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional”*.

El órgano de contratación manifiesta que si se produjera la adjudicación de los lotes 9, 22 y 23 a licitador distinto al adjudicatario de las agrupaciones de lotes 1 y/o 2, que es lo que cuestiona la recurrente, no significaría de ninguna manera vulneración alguna del interés público que supone el prestar una asistencia de calidad a los usuarios del Sistema Sanitario Público Andaluz, ya que precisamente los clavos intramedulares de estos lotes (9, 22 y 23) pertenecen a miembros superiores y según la evidencia y la práctica clínica, pueden insertarse sin necesidad alguna de instalar pernos de bloqueo y tornillos. Aún en caso de que para su inserción fuere necesario, según criterio asistencial, fijar el clavo intramedular mediante pernos de bloqueo y tornillos, está absolutamente claro que los componentes a utilizar serían del mismo material (acero o titanio, según el caso) y absolutamente compatibles con el clavo intramedular, al objeto de obtener un óptimo comportamiento mecánico.

Por tanto, entiende este Tribunal que los argumentos del órgano de contratación son claros y precisos, de forma que tanto las agrupaciones de lotes como cada uno de los citados lotes 9, 22 y 23 son susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyen cada uno de ellos una unidad funcional y en cuanto a la incompatibilidad técnica por mezcla de implantes de



diferentes fabricantes que alega la recurrente, como ha puesto de manifiesto el órgano de contratación según la evidencia y la práctica clínica, pueden insertarse sin necesidad alguna de instalar pernos de bloqueo y tornillos y en el supuesto de que en algún caso y según criterio asistencial fuese necesaria su inserción, según criterio técnico del órgano de contratación, *“está absolutamente claro que los componentes a utilizar serían del mismo material (acero o titanio, según el caso) y absolutamente compatibles con el clavo intramedular, al objeto de obtener un óptimo comportamiento mecánico”*.

En realidad, lo que postula la recurrente es una valoración alternativa a la del órgano de contratación a la hora de configurar los distintos lotes y agrupaciones de lotes que se mueve, como ha señalado la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica acuñada por el Tribunal Supremo.

Al respecto, en anteriores resoluciones de este Tribunal se ha expuesto ya en profundidad esta doctrina. Así, en las resoluciones 87/2012, de 25 de septiembre, 107/2012, de 11 de noviembre y 120/2012, de 13 de diciembre, se manifestaba textualmente lo siguiente << (...) se cita la Sentencia de 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que alude, a su vez, a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.



Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad.

La sentencia, aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, manifiesta que lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores. >>

También se indicaba en aquellas resoluciones de este Tribunal que la doctrina de la discrecionalidad técnica ha sido asumida plenamente por los distintos Tribunales Administrativos de Contratos Públicos, y se citaba, entre otras, la resolución 33/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se manifestaba que *“es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”*

Finalmente, este Tribunal también ha invocado en resoluciones anteriores **la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ**



2010\324) cuando afirma que *“la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.”*

A la vista de lo anterior, hemos de concluir que la configuración de las agrupaciones de lotes y de los lotes independientes (9, 22 y 23) por el órgano de contratación se ha llevado a cabo mediante criterios estrictamente técnicos, puesto que no se aprecia que el mismo, al configurar dichas agrupaciones y lotes, haya incurrido en un error manifiesto u ostensible, sino que la configuración se hace conforme a criterios técnicos, respetando los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato y eficiente utilización de los fondos públicos y detallando las razones por las que ha sido configurado de esa manera, por lo que procede desestimar el recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato denominado “Suministro de clavos intramedulares con destino al Hospital Universitario Reina Sofía, Hospital Infanta Margarita (perteneciente al Área de Gestión Sanitaria Córdoba Sur) y Hospital Comarcal Valle de los Pedroches (perteneciente al Área Sanitaria Norte de Córdoba) adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Córdoba”, convocado por el Hospital Reina Sofía de Córdoba que se encuentra adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 149/2014).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal mediante resolución de fecha 10 de junio de 2014.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

