

**Recurso 380/2023**  
**Resolución 432/2023**  
**Sección Primera**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 15 de septiembre de 2023.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON S.A.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de material del Grupo 15, material de osteosíntesis y accesorios (relacionados en el Anexo I del PPT) para implantación, para los centros sanitarios vinculados a la Central Provincial de Compras de Jaén”, convocado por el Hospital Universitario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 808/2023), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 21 de julio de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos que rigen la contratación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil, siendo el valor estimado del contrato 20.201.473,78 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**SEGUNDO.** El 11 de agosto de 2023, la entidad JOHNSON & JOHNSON S.A. (JOHNSON, en adelante) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen el contrato

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 14 de agosto de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras su reiteración, ha tenido posteriormente entrada en este Tribunal.

El 25 de agosto de 2023, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 31 de agosto, se dio traslado del recurso a los interesados para que, en el plazo de cinco días hábiles, pudieran formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna en el plazo conferido.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, tiene la condición de licitadora en el procedimiento habiendo presentado oferta con posterioridad a la interposición del recurso especial.

Así pues, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, cuyo tenor es que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, debe reconocerse legitimación a JOHNSON, pues una eventual estimación del recurso contra los pliegos impugnados permitiría remover los presuntos obstáculos que impiden a la recurrente participar en la licitación en condiciones de igualdad efectiva con el resto.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

El recurso se interpone contra los pliegos que rigen un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

### **QUINTO. Fondo del asunto. Sobre el motivo de indeterminación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor con vulneración del principio de transparencia.**

JOHNSON solicita la anulación de los pliegos que rigen la contratación con base en una serie de motivos que se expondrán y analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes. Así pues, expondremos las alegaciones de las partes y las consideraciones del Tribunal respecto de cada uno de los motivos alegados, comenzando en este fundamento de derecho por el primero de ellos.

#### I. Alegaciones de la entidad recurrente.



JOHNSON solicita la anulación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor recogidos en el Anexo III al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). En el citado Anexo se establece, como criterio de adjudicación de evaluación no automática con una ponderación máxima de 50 puntos, la <<valoración técnico-funcional de los artículos>>. El tenor literal del criterio es el siguiente:

*<<En la valoración técnica que se realiza de manera no automática, se valoran las características de los productos presentados por los licitadores al expediente, en relación a los aspectos técnicos descritos en el PPT, siendo por tanto un criterio necesario en la determinación de la relación calidad-precio, desde el punto de vista de los criterios de adjudicación cualitativos, donde el licitador ya conoce a priori qué características son las que se van a tener en cuenta en la valoración.*

*La valoración técnico-funcional del producto se efectuará atendiendo a la documentación técnica aportada por los licitadores. Las prestaciones ofertadas se entenderán como mínimas garantizadas. La valoración funcional del producto será en base a la seguridad de resultados, la facilidad de utilización, y la compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación.*

*Se utilizará la siguiente escala de valoración:*

### **NIVEL DE LA VALORACIÓN TÉCNICO-FUNCIONAL**

*MUY BUENO: El producto cumple con las prescripciones técnicas del pliego y presenta mejoras respecto a: 1.- facilidad de uso, 2.- seguridad en resultados y 3.- compatibilidad de componentes, en cuanto a su utilización y aplicación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales.*

*BUENO: El producto cumple con las prescripciones técnicas del pliego y presenta alguna mejora respecto a: 1.- facilidad de uso, 2.- seguridad en resultados y 3.- compatibilidad de componentes, en cuanto a su utilización y aplicación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales.*

*ADECUADO: El producto cumple las prescripciones técnicas del pliego y NO presenta mejora respecto a: 1.- facilidad de uso, 2.- seguridad en resultados y 3.- compatibilidad de componentes, en cuanto a su utilización y aplicación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales.*

*Se utilizará la siguiente escala de puntuación.*

*1.- Seguridad de resultados: En este parámetro se valorará la ausencia de riesgo asociada a los productos en todas sus dimensiones (usuarios y profesionales) para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales. 20 puntos.*

*MUY BUENO: 20*

*BUENO: 10*

*ADECUADO: 0*

*2.- Facilidad de utilización: En este parámetro se valorarán las condiciones del producto que hagan sencilla su utilización y la rapidez de programación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales. 15 puntos.*

*MUY BUENO: 15*

*BUENO: 5*



ADECUADO: 0

*3.-Compatibilidad de componentes: Capacidad del material utilizado en cuanto a la compatibilidad de componentes en la utilización y la aplicación, para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales. 15 puntos.*

MUY BUENO: 15

BUENO: 5

ADECUADO: 0

UMBRAL MINIMO

*El umbral mínimo de puntuación que deberán alcanzar las ofertas en cada uno de los lotes independientes es de 25 puntos. Para la obtención de dicha puntuación se sumarán las puntuaciones conseguidas en cada uno de los anteriores sub-criterios.*

*Aquellas ofertas que no alcancen un mínimo de 25 puntos del total de puntuación, en los criterios basados en juicio de valor, quedarán excluidas y no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.*

*Si la oferta no cumple las características técnicas recogidas en el PPT, se considerará NO ADECUADA y quedará excluida de la licitación. (...)>>.*

La recurrente denuncia falta de claridad en la redacción del criterio. Sostiene que no se encuentran definidos los aspectos que serán valorados como las características de los materiales o su composición. En particular, señala que tratándose de la <<seguridad de resultados>> se desconocen los parámetros para medir la ausencia de riesgo. Además, sostiene que la seguridad es un criterio que debe sustentarse en la evidencia clínica o en estudios publicados en revistas científicas, si bien con arreglo al PCAP (cláusula 6.4.1) las características de los productos se incluirán en catálogos o fichas técnicas que no pueden constatar debidamente los elementos de seguridad del producto.

En cuanto a la <<facilidad de utilización>>, JOHNSON aduce que el criterio no hace referencia a las características o funcionalidades de los productos que son deseables para el órgano de contratación. Además, se establecen una escala de puntuaciones (muy bueno, bueno y adecuado) sin explicación alguna de cuál es el proceso valorativo que lleva a una u otra calificación.

Respecto a la <<compatibilidad de los componentes>>, reitera la recurrente que existe incertidumbre sobre los aspectos concretos a valorar.

JOHNSON concluye este motivo señalando, en síntesis, que los licitadores no pueden conocer de antemano qué aspectos serán valorados y cómo se puntuarán, lo que determinará un grado excesivo de discrecionalidad en la evaluación de las ofertas, vulnerándose los principios de transparencia e igualdad de trato consagrados en el artículo 145.5 de la LCSP. En apoyo de su argumentación cita varias resoluciones de Tribunales de recursos contractuales, entre ellas, la Resolución 302/2022 de este Tribunal.

II. Alegaciones del órgano de contratación.



Se opone a los argumentos de la recurrente señalando que la controversia suscitada ha sido ya abordada y resuelta por este Tribunal a favor de la Administración. En tal sentido, reproduce parcialmente nuestra Resolución 463/2021.

### III. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Este Tribunal tiene asentada doctrina reiterada sobre los requisitos de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Por todas, cabe acudir a la Resolución 495/2022, de 7 de noviembre, dictada precisamente ante un recurso especial que impugnaba el mismo criterio de adjudicación -con similar redacción- que se establecía en los pliegos de un contrato de suministro convocado por el propio Hospital Universitario de Jaén.

En aquel supuesto señalábamos, a propósito de la cuestión que ahora se suscita, lo siguiente:

*<< (...) el artículo 145.5 de la LCSP dispone, en lo que aquí interesa, que los criterios de adjudicación deben formularse de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, no confiriendo al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*

*Esta regulación más completa y exhaustiva del artículo 145 del texto legal contractual respecto al artículo 150 del texto derogado obedece a la transposición del artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE y está en absoluta sintonía con la doctrina de los tribunales de recursos contractuales que ya venían denunciando en sus resoluciones, bajo la vigencia del texto refundido derogado, que algunos criterios de adjudicación, en particular, los sujetos a juicio de valor, o bien carecían de vinculación al objeto del contrato o no estaban formulados de manera objetiva al no establecer adecuadamente los aspectos evaluables y las pautas a seguir para su ponderación con clara vulneración del principio de igualdad de trato a la hora de preparar las ofertas.*

*Así, este Tribunal ha apreciado falta de objetividad en el caso de criterios sujetos a juicio de valor con aspectos de evaluación abiertos (v.g. Resoluciones 192/2019 y 354/2019, entre otras) o sin pautas o reglas de ponderación (v.g. Resolución 331/2019, entre otras muchas).*

(...)

*Así, en los pliegos analizados por la Resolución 331/2019 (por error se indica en la resolución la 331/2022), se establecía una escala de calificación de las ofertas con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor que iba desde “excelente” (20 puntos) a “mínima aceptable”(0 puntos) pasando por las calificaciones intermedias de óptima (10 puntos) y buena (6 puntos), pero sin indicar mínimamente qué aspectos se iban a tener en cuenta para otorgar una u otra puntuación y concluíamos que, al igual que sucedía en el supuesto analizado en la Resolución 192/2019, la escala de puntuaciones del pliego solo servía para calificar formalmente las ofertas por tramos de puntuación, pero sin ofrecer ninguna pauta de ponderación al órgano evaluador para enmarcar su juicio técnico, lo que redundaba en la falta de concreción del criterio de adjudicación.*

*En cambio, en el caso aquí analizado, el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor denominado «valoración técnico-funcional de los artículos» se divide en varios subcriterios que definen los aspectos evaluables sobre la base de que mejoren los requerimientos indicados para cada lote en el pliego de prescripciones técnicas (PPT). Así, en la calidad del material, se valorarán sus características y composición; en la facilidad de utilización, la sencillez de uso y rapidez de programación; en la seguridad de resultados, la ausencia de riesgo asociada a los productos en usuarios y profesionales; y en la eficacia en el resultado, la capacidad del material en la consecución de los efectos perseguidos o deseados.*



Asimismo, en lo relativo a las pautas de ponderación de las ofertas con arreglo a cada uno de estos subcriterios, el PCAP establece una escala de calificaciones con sus respectivas puntuaciones que van desde «muy adecuado» (15 ó 5 puntos, según la puntuación máxima asignada en el pliego al subcriterio de que se trate) hasta «aceptable» (1 punto) pasando por la calificación intermedia de «adecuado» (6 ó 2 puntos, según la puntuación máxima asignada en el PCAP al subcriterio de que se trate).

Por tanto, a diferencia de los supuestos analizados en las resoluciones de este Tribunal invocadas por la recurrente, el pliego aquí impugnado sí delimita mínimamente el extremo o elemento que determinará la asignación de una u otra puntuación: varias ventajas significativas respecto al parámetro objeto de valoración, alguna ventaja o la falta de ventajas destacables; es decir, el elemento que delimita las calificaciones está en más de una ventaja significativa, en solo una o en ninguna, y esta pauta será la que enmarque el juicio técnico del órgano evaluador, respetando a su vez un ámbito de discrecionalidad en la determinación de qué ventaja o ventajas de los bienes ofertados tienen relevancia suficiente o no en cada uno de los parámetros técnicos establecidos en el pliego, en orden a la consecución de la puntuación correspondiente.

Como ya manifestó este Tribunal en su Resolución 24/2012, de 14 de marzo, siguiendo doctrina ya sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.”

En definitiva, este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el ahora examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas. Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la Resolución 139/2014, de 23 de junio, que «(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada».

Por último, asiste la razón al órgano de contratación cuando esgrime que la cuestión litigiosa planteada por la recurrente ya ha sido resuelta en sentido favorable para el Servicio Andaluz de Salud en la Resolución 463/2021 de este Tribunal donde se analizó la legalidad de un criterio sujeto a juicio de valor con redacción similar, en lo que aquí interesa, al impugnado en el recurso que estamos examinando ahora y donde señalamos que «Queda claro, pues, que todo criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor debe precisar los aspectos evaluables y sus pautas o reglas de ponderación. En el supuesto aquí analizado el criterio de adjudicación “valoración funcional del producto”, ponderado con un máximo de 20 puntos, contempla los aspectos que serán evaluados con su respectiva explicación y detalle -así se describe sucintamente qué se entiende por seguridad, rentabilidad, y eficiencia o qué se valora específicamente en la calidad y en el envasado y etiquetado del producto). Asimismo, para la puntuación de las ofertas, el criterio contempla una escala de calificaciones que, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, distribuye los puntos de más a menos según la oferta sea muy adecuada, adecuada, aceptable o poco adecuada, previendo para cada calificación los elementos que se tendrán en cuenta. Así las cosas, no puede apreciarse la



*denunciada infracción del artículo 145.5 b) de la LCSP porque el órgano de contratación no dispone de un ámbito de decisión ilimitada para emitir su juicio técnico».*

Pues bien, en el supuesto aquí analizado es de plena aplicación la doctrina expuesta en la resolución parcialmente transcrita. El criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor <<valoración técnico-funcional de los artículos>> establece los aspectos de evaluación en cada uno de los subcriterios en que se divide (seguridad de resultados, facilidad de utilización y compatibilidad de componentes). Así, en el primero se valorará la ausencia de riesgo asociado a los productos para usuarios y profesionales; en el segundo, las características del producto que hagan sencilla su utilización y la rapidez de programación; y en el último, la capacidad del material en cuanto a compatibilidad de componentes en su utilización y aplicación. Por otro lado, el criterio define unas pautas de valoración en cada subcriterio con una escala de calificaciones que va desde “muy bueno” (20 ó 15 puntos, en función del subcriterio) a “adecuado” (cero puntos), pasando por la calificación intermedia de “bueno” (10 ó 5 puntos, en función del subcriterio) y, para la obtención de cada una de dichas calificaciones, se indica en el PCAP qué pauta debe regir según el producto presente en cada subcriterio varias mejoras, solo alguna o ninguna.

De este modo, se enmarca el posterior juicio técnico del órgano evaluador de las ofertas respetando el margen de discrecionalidad en la ponderación. La conjunción de elementos sujetos a valoración y pautas para llevarla a cabo impide apreciar un ámbito de decisión ilimitada en la posterior valoración de las ofertas, no apreciándose conculcación de lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LCSP en la redacción del criterio de adjudicación impugnado.

Por último, se ha de indicar que la resolución de este Tribunal en la que JOHNSON se apoya para defender sus argumentos viene a corroborar precisamente cuanto se ha expuesto, por lo que no se entiende su cita en el escrito de recurso, a no ser que se quieran resaltar algunos párrafos fuera del contexto de la fundamentación global de la resolución que fue desestimatoria del recurso.

Con base en las consideraciones aquí realizadas, el motivo analizado debe ser desestimado.

## **SEXTO. Fondo del asunto: sobre el motivo de irregular división en los lotes del objeto del contrato.**

### I. Alegaciones de la entidad recurrente.

Argumenta que <<ha podido constatar que existe un gran número de referencias recogidas en el mismo código SAS solicitado en el pliego, pero a distintos precios en diferentes lotes, hecho altamente incongruente al no ser posible ofertar el mismo producto a precios diferentes>> y cita como ejemplos de estas discrepancias los lotes 33, 51, 115, 144, 168 y 203 de las agrupaciones 3, 4, 8, 9, 10 y 12, respectivamente. Aquellos comparten el Código SAS 15.02.12.000003 pero existe una discrepancia de precios en 36,36 y 38,18 euros, según los distintos lotes.

Sostiene que se trata de productos con idéntica definición pero precio unitario diferente, pudiendo los licitadores desvirtuar la fórmula empleada para valorar el precio. Señala que el Anexo III al cuadro resumen del PCAP señala para el criterio de evaluación automática <<oferta económica>> que <<La Agrupación será valorada de forma global y la puntuación final (fase precio) de la misma, será la media ponderada de la puntuación obtenida por cada uno de los lotes que la integran. Para el cálculo de la media ponderada se tomará como ponderación el valor estimado del conjunto de contratos previstos de la agrupación sobre el valor estimado del conjunto de contratos previstos de cada lote>>.

Afirma que se pueden provocar situaciones en las que los licitadores oferten uno de los lotes a precios cero o cercano a cero y otro lote idéntico a precio real o de mercado. Y añade que <<esto supone que se está



*desvirtuando la fórmula valorativa dado que se posibilita ofertar a un producto idéntico dos precios distintos en dos lotes diferentes que componen la misma agrupación. Esto, se traduce en que, de formalizarse en el mismo contrato productos idénticos a precios distintos, pueda tener como consecuencia la producción de conflictos en fase de ejecución del contrato. Si el licitador oferta el mismo producto a precios diferentes, esto genera un seguido de preguntas: ¿cuál sería el precio de suministro real en fase de ejecución? ¿Cómo se realizaría la diferenciación de un producto a suministrar, y por tanto facturar, de un lote respecto del otro?>>.*

Asimismo, señala otros lotes de distintas agrupaciones donde se repiten las mismas discrepancias y por último se refiere a los lotes 299 a 306 correspondientes al Código SAS 15.10.02.00002 que tienen precios distintos pese a tener el mismo objeto y las mismas exigencias técnicas. Invoca vulneración del artículo 102 de la LCSP que impone la necesidad de que los contratos del sector público tengan un precio cierto.

## II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo del recurso señalando que, si bien JOHNSON se refiere en este motivo a una supuesta irregular división de los lotes objeto del contrato, lo que realmente está denunciando es una diferencia de precios en determinados lotes con idéntica descripción, pero de agrupaciones distintas.

En su oposición al recurso distingue, de un lado, (i) los lotes de diversas agrupaciones con el mismo objeto y precio distinto y, de otro, (ii) los lotes no incluidos en agrupaciones. En el primer caso, sostiene que *<<La diferencia de precios que se denuncia no supone infracción alguna de la disposición de la LCSP, artículo 102, que exige que los contratos tengan siempre un precio cierto, pues este, en el presente supuesto, será el que para cada lote oferte la empresa que resulte seleccionada en el procedimiento de contratación.*

*Dicho precio, siempre que no sea superior al máximo de licitación, podrá, para los artículos que sean idénticos, aunque esté incluidos en agrupaciones de lotes distintas, ser igual o diferente. Ello dependerá de la exclusiva voluntad del licitador interesado.*

*Por otro lado, negamos que la circunstancia denunciada por JOHNSON desvirtúe la fórmula establecida para valorar la oferta económica en las agrupaciones de lotes, porque rechazamos que los licitadores vayan a ofertar y suministrar sin coste, o prácticamente sin el mismo, uno o varios de los artículos que tienen idéntica descripción.*

*Entendemos que no está en el ánimo de los posibles licitadores regalar nada a la Administración, pero si este fuera el caso, a efectos puramente dialécticos, traemos aquí la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre la admisibilidad de las ofertas económicas efectuadas a 0, o a valores cercanos a 0, recogida en la Resolución 407/2020, de 19 de marzo. (...)>>.*

En el segundo caso (lotes no agrupados que van desde el 299 al 306) manifiesta que la diferencia en precio está justificada por el distinto diámetro del cable de acero indicado en la columna “Características” del Anexo I al pliego de prescripciones técnicas -PPT- (lotes 299 a 306), la distinta composición de los lotes 305 (acero inoxidable) y 306 (Vitallium) o la longitud del rollo (aproximadamente 1.000 mm en el lote 304 y aproximadamente 10.000 mm en los lotes 299 a 303).

## III. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Como premisa inicial, se ha de dar la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que el motivo de recurso se define como irregular división en lotes, si bien lo que, en realidad, se impugna es que agrupaciones distintas incluyan lotes con igual descripción, pero a diferente precio. Por tanto, la cuestión objeto de controversia en este motivo se circunscribe a determinar si es correcto que lotes idénticos puedan tener precios diversos según las distintas agrupaciones en que se incluyan.



La recurrente alega que ello vulnera lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSP sobre el precio cierto de los contratos y desvirtúa la fórmula empleada para valorar el precio. Señala que pueden provocarse situaciones en las que los licitadores oferten unos lotes a precio cero y otros lotes idénticos a precio de mercado, pudiendo originarse conflictos en fase de ejecución del contrato.

Pues bien, la pretensión de la recurrente en los términos en que ha sido formulada no puede prosperar. El artículo 102.1 de la LCSP dispone que <<Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado>>. El precepto se refiere a que el precio o los elementos que lo integran han de estar determinados en el momento de perfección del contrato o deben ser determinables en un momento posterior. Desde esta perspectiva, el precio de los lotes cuestionados es cierto puesto que se fija en el Anexo I al cuadro resumen el precio unitario de cada uno de ellos y, si bien sucede que en algunos de los lotes puede haber una leve diferencia en precio respecto a otros, en todo caso estamos en presencia de lotes con igual descripción y código SAS pero insertos en agrupaciones diferentes, lo que podría motivar aquellas diferencias atendiendo a los consumos estimados u otras circunstancias del producto de que se trate en cada agrupación.

En este sentido, la memoria justificativa obrante en el expediente señala que <<Para la determinación de este valor estimado se han tenido en cuenta los siguientes parámetros e indicadores:

- I. *El número de unidades necesarias de cada uno de los productos que integran el expediente administrativo de contratación, previsión que se ha realizado en base al consumo histórico de los últimos doce meses. Además de dicha previsión, se han tenido en cuenta eventuales prórrogas, así como la fecha prevista de inicio de los contratos que resulten.*
- II. *El precio unitario de cada uno de los artículos. El citado precio se ha establecido en función de los últimos precios de compra de anteriores contratos, como del muestreo realizado mediante consultas de la base de datos de Siglo®. Este órgano gestor entiende que se ha establecido una correcta estimación del importe del contrato atendiendo al precio general de mercado. Y para ello se ha consultado una base de datos de artículos y referencias comerciales con la suficiente representatividad, atendiendo a su tamaño, de lo que sucede en el mercado sanitario. La base de datos de precios de la aplicación corporativa Siglo® refleja no solo la realidad del mercado sanitario en Andalucía, que por otra parte es el entorno y el contexto en que la Central de Compras de la provincia de Jaén y los operadores económicos que en él intervienen, sino que, dada su importancia, refleja de forma significativa la realidad del mercado nacional e internacional, en este sector, ampliamente globalizado como la economía en general.*

(...)

*Para la determinación del precio unitario se ha atendido al análisis de los consumos agrupados de los distintos centros, durante los doce meses previos a la propuesta de inicio de la licitación, y a los últimos precios de compra de los bienes a adquirir, de conformidad con la información incluida en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS>>.*

Por otro lado, la recurrente intenta fundamentar la impugnación de esta diferencia de precios en eventuales problemas en la fase de ejecución, pero sin aportar evidencias de que aquellos se hayan producido en algún caso anterior. Se anticipa, pues, a una problemática que no tiene por qué acaecer, siendo el órgano de contratación el que, al solicitar los artículos que vaya necesitando durante la vigencia del contrato, deba identificar el lote y agrupación al que corresponde el producto, debiendo el adjudicatario suministrarlo al precio adjudicado que, por otro lado, será el que libremente haya ofertado sin tener que coincidir con el precio unitario máximo de licitación.



Asimismo, JOHNSON esgrime que los lotes 299 a 306 (no incluidos en ninguna agrupación) correspondientes al Código SAS 15.10.02.00002 tienen precios distintos pese a tener el mismo objeto y las mismas exigencias técnicas, habiendo comprobado este Tribunal que, como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso, las características generales de los artículos de cada lote que figuran en el Anexo I del PPT no son las mismas, estando adicionalmente justificada la diferencia en precio en estos casos por tratarse de productos diferentes.

El motivo no puede, pues, prosperar en los términos en que se ha articulado. Las razones que esgrime la recurrente para denunciar precios distintos en lotes idénticos no pueden acogerse.

**SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo de limitación de la concurrencia en la configuración de las especificaciones técnicas de las agrupaciones 1, 4, 5, 8, 12 y 13 y de los lotes 299 a 306.**

I. Alegaciones de la entidad recurrente.

JOHNSON denuncia irregularidades en determinados códigos de productos que, según manifiesta, incluyen referencias a bienes actualmente obsoletos o descatalogados. Esto provoca, según expone, que se vean penalizadas casas comerciales que, con una catalogación correcta de sus códigos, no podrían presentar oferta para el conjunto total de lotes que forman algunas agrupaciones.

A continuación, la recurrente enumera los lotes afectados por la obsolescencia citada en los términos que se indican a continuación:

- Agrupación 1 (lotes 7, 8 y 9): la tecnología actualmente disponible en el mercado contiene atributos como “bloqueo” que permite la selección del implante con lámina o tornillo.

- Agrupación 3 (lotes 27, 28 y 29): la tornillería no autorroscante solicitada para los lotes de referencia también se encuentra descatalogada en el sector ya que en la actualidad los productos no necesitan ser roscados.

- Agrupación 4: incluye tecnología de osteosíntesis interna (placas) y productos de fijación externa (fijadores) debiendo haberse incluido estos últimos en la agrupación 17, puesto que la mezclar productos de fijación externa e interna en una misma agrupación limita la concurrencia. Añade que la tecnología que se mezcla de modo injustificado en esta agrupación es habitualmente contratada de modo independientes por los centros sanitarios de otras provincias.

- Agrupaciones 5 (lotes 58, 59 y 61) y 8 (lote 107): En la agrupación 5 se incluyen placas con los atributos sin rosca que es una tecnología que ya está obsoleta, proponiendo la recurrente el código SAS adecuado. Asimismo, señala que en los lotes 59 y 61 se pide simultáneamente una placa con orificios bloqueados (la correcta) y la misma placa con orificios no bloqueado, obsoleta y descatalogada en el mercado.

Agrupación 8: en los lotes 107 y 108 se solicitan placas que no permiten el bloqueo de los tornillos (tecnología obsoleta) y en los lotes 109 y 110 existen códigos con atributos que describen la función autorroscante correspondiente a la tecnología actual.

- Agrupación 10: El pliego pide en esta agrupación simultáneamente la placa de calcáneo con orificios roscados en el lote 149 -que es adecuada- y la descatalogada y obsoleta por no tener orificios de bloqueo (lote 148) no existiendo hoy en día en el mercado.



- Agrupación 13: las placas recogidas en los lotes 207 y 208 están obsoletas y descatalogadas ya que no recogen los atributos de bloqueo. Por tanto, no corresponden con la tecnología actualmente disponible en el mercado para la cual existe el código SAS de lote 209 de dicha agrupación que sí ofrece el bloqueo.

Asimismo, la recurrente aduce que las “mini placas” de los lotes 212 y 214 entran en conflicto al pedirse un producto obsoleto en el lote 212 y otro que recoge la tecnología actual en el lote 214.

A la vista de lo anterior, JOHNSON señala que la exigencia de ofertar tecnología obsoleta genera una restricción injustificada de la competencia, existiendo productos en el mercado con la misma funcionalidad que mantienen las características básicas del producto en cuestión. Aduce que es consciente de que este Tribunal no puede entrar en consideraciones estrictamente técnicas, si bien ello no es obstáculo para que pueda analizarlas, aunque se circunscriba a la falta de motivación o a la vigilancia de que no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios.

En definitiva, sostiene que *<<el órgano no justifica adecuadamente la obligatoriedad de presentar dichos productos para satisfacer sus necesidades y por tanto, está generando una limitación injustificada de la concurrencia>>* e invoca el artículo 126 de la LCSP para concluir, en definitiva, que las condiciones técnicas establecidas en los pliegos deben responder a una necesidad real, evitándose la exigencia de especificaciones innecesarias que limiten la concurrencia aun cuando puedan presentarse varias empresas.

Con base en tales consideraciones, la recurrente solicita la anulación de los pliegos.

## II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo del recurso expuesto señalando que, en la configuración de las agrupaciones de lotes y los lotes individualizados, se ha tomado como premisa *<<el absoluto respecto a dos principios, uno de carácter clínico-asistencial y el otro, de naturaleza jurídica.*

*En aplicación del primero, los miembros de la Comisión asesora del órgano de contratación, formada por los directores de las Unidades de Gestión Clínica de Cirugía Ortopédica y Traumatología de los hospitales de la provincia de Jaén, han incluido en el procedimiento de contratación los productos que garantizan la mejor práctica clínica precisa para prestar una asistencia sanitaria de calidad a los pacientes de dichos centros sanitarios, lo que, por principio, descarta que se recojan en aquellos productos sanitarios obsoletos, que no respondan al estado actual de la técnica.*

*Por virtud del segundo, para dar estricto cumplimiento a los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación se ha verificado la existencia de concurrencia en todos y cada uno de los lotes que integran las distintas agrupaciones de lotes formadas>>.*

A continuación, el órgano de contratación efectúa su oposición a los argumentos de la recurrente centrándose en cada una de las agrupaciones mencionadas en el escrito de recurso, en los siguientes términos:

- Agrupación 1 (lotes 7, 8 y 9): señala que el Catálogo de Bienes y Servicios es el instrumento que identifica de manera ordenada y sistemática los bienes y servicios que demandan los centros del Servicio Andaluz de Salud, estando obligados los órganos de contratación a utilizar la información que aquel proporciona en la configuración

de los expedientes de contratación. Añade que, garantizando la mejor práctica clínica, con carácter previo a la configuración de las agrupaciones de lotes, se tuvo en cuenta la existencia de concurrencia en todos y cada uno



de los lotes que integraban las mismas, resultando de la información que proporciona el Catálogo que JOHNSON tiene asociados sus productos a los códigos genéricos de centro (D33118 -lote7-, D33113 -lote 8- y D82412- lote 9), incluidos en los respectivos códigos universales que se identifican en el Anexo I del PPT.

Asimismo, rechaza que la tecnología licitada sea obsoleta en la medida que todos los productos licitados han sido consumidos por los centros sanitarios vinculados a la Central Provincial de Compras de Jaén durante el presente año 2023; y añade que en los códigos universales propuestos por la recurrente solo hay asociados productos comercializados por ella, de ahí que sorprenda que JOHNSON denuncie una supuesta limitación de la concurrencia y a su vez pretenda que se liciten códigos en los que es la única empresa que tiene productos incluidos en los mismos.

- Agrupación 3 (lotes 27, 28 y 29): reitera que, previamente a la configuración de las agrupaciones de lotes, se tuvo en cuenta la existencia de concurrencia en todos ellos, resultando de la información del Catálogo que JOHNSON tiene asociados sus productos a determinados códigos genéricos de centro que están incluidos en los respectivos códigos universales del Anexo I del PPT. Además, sostiene que todos los productos licitados han sido consumidos en 2023 por los centros sanitarios vinculados a la Central Provincial de Compras de Jaén.

La situación expuesta por el órgano de contratación respecto de estas agrupaciones se reitera, según indica dicho órgano, en las restantes a las que se refiere el recurso; es decir, hay concurrencia en los lotes, JOHNSON tiene asociados productos en los códigos genéricos de centro incluidos en los códigos universales licitados o ha existido consumo de los productos licitados en 2023 lo que demuestra la inexistencia de obsolescencia. Asimismo, en lo que se refiere a la agrupación 4, añade que *<<contrariamente a lo que afirma la empresa recurrente, el fijador dinámico de codo, como se indica en el apartado de características generales del Anexo I del PPT es interno y, por lo tanto, queda implantado dentro del cuerpo del paciente. Tiene por ello la naturaleza de producto de osteosíntesis interna y no la de fijación externa, por lo que no puede incluirse en la Agrupación de lotes 17 que contempla fijadores externos>>*.

### III. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. El motivo esgrimido en el recurso denuncia que las especificaciones técnicas de determinados lotes de agrupaciones que se mencionan en el escrito de impugnación restringen la concurrencia; y ello, sobre la base de considerar que responden a tecnología que ha quedado obsoleta y descatalogada. En tal sentido, como quiera que la oferta ha de ser a la totalidad de los lotes de la agrupación de que se trate, tal obsolescencia restringe la concurrencia sobre la base de exigir, además, especificaciones innecesarias.

El órgano de contratación se opone a tales argumentos, esgrimiendo distintas razones como la verificación previa, antes de la aprobación de los pliegos, de la existencia de concurrencia en los diversos lotes acudiendo para ello a la información que proporciona el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud. Asimismo, manifiesta (i) que los productos que según, JOHNSON, incorporan tecnología obsoleta han sido consumidos durante 2023 por los centros sanitario de la provincia de Jaén y (ii) que la recurrente tiene en la mayoría de los casos asociados sus productos a determinados códigos genéricos de centro incluidos en los respectivos códigos universales que se indican en el Anexo I del PPT.

Añade que en los códigos universales propuestos por JOHNSON en su escrito de recurso solo hay asociados productos comercializados por ella, sorprendiendo que la recurrente alegue limitación de la concurrencia y a la vez pretenda que se liciten códigos donde es la única empresa que tiene productos asociados.



Pues bien, las alegaciones de JOHNSON en cuanto a la obsolescencia y descatalogación de los artículos están huérfanas de toda prueba que acredite dichos extremos; en cambio, el órgano de contratación adjunta a su informe al recurso una serie de documentos que justifican los extremos que se exponen en el mismo.

Con base en las consideraciones anteriores hemos de concluir que no queda acreditada la restricción injustificada de la concurrencia que denuncia JOHNSON, sin que por otro lado pueda la recurrente pretender que las necesidades del órgano de contratación queden supeditadas a sus propios intereses comerciales. En este sentido, existe doctrina reiterada de este Tribunal, citando por todas la Resolución 232/2023, de 10 de mayo, donde se indicaba -con mención de otras anteriores- que:

*<< (...) debe partirse de lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LCSP conforme al cual “Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”. Así pues, siendo la concurrencia e igualdad de trato principios básicos de la contratación pública conforme al artículo 1 del citado texto legal, el respeto a tales principios en el establecimiento de las prescripciones técnicas es un postulado legal indiscutible; no obstante, tampoco debe olvidarse que lo que se proscribte legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia o dicho de otra manera, el precepto legal no impide el establecimiento de prescripciones técnicas no accesibles a todas las potenciales entidades licitadoras, con tal que las mismas respondan motivadamente a la satisfacción de las necesidades públicas.*

*En el sentido expuesto, es doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 401/2020, de 19 de noviembre y 8/2021, de 21 de enero, por citar algunas de las más recientes) que el órgano de contratación goza de discrecionalidad en la configuración de la prestación y de sus características técnicas, siempre y cuando las mismas encuentren adecuado fundamento y justificación en las necesidades y fines perseguidos por la contratación proyectada. Como señalábamos en nuestra Resolución 401/2020, de 19 de noviembre, reiterando a su vez doctrina previa de este Órgano, “es el órgano de contratación el que, conector de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conector 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, como sucede en el caso enjuiciado.*

*Así, si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación o por su personal técnico, resulta del todo imposible que este Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que da cobertura a la especificación técnica de que se trate (...).*

*Asimismo, no debe olvidarse que lo que prohíbe el artículo 126.1 de la LCAP es el establecimiento de prescripciones técnicas que, de modo injustificado, creen obstáculos a la apertura de la contratación pública a la concurrencia”>>.*

En definitiva, la recurrente no ha acreditado que determinadas especificaciones técnicas hayan quedado obsoletas, habiendo justificado el órgano de contratación el consumo de artículos con dichas características durante el presente año. A lo anterior se une (i) que JOHNSON ha licitado teniendo productos asociados a los códigos universales que se reflejan en los pliegos y (ii) que el órgano de contratación dispone de un ámbito de discrecionalidad en la configuración del objeto contractual y sus características que no puede ser sustituido por la voluntad de los licitadores. Es la Administración la que define sus necesidades y el modo de satisfacerlas, no



pudiendo admitirse una evaluación de estas necesidades a la medida de los distintos operadores económicos y en función de sus particulares intereses.

Con base en las consideraciones expuestas, el motivo debe ser desestimado y con él, el recurso interpuesto.

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 los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de material del Grupo 15, material de osteosíntesis y accesorios (relacionados en el Anexo I del PPT) para implantación, para los centros sanitarios vinculados a la Central Provincial de Compras de Jaén”, convocado por el Hospital Universitario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 808/2023).

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 25 de agosto de 2023.

**TERCERO.** 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 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

