

Recurso 215/2020

Resolución 449/2020

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

Sevilla, 17 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra la resolución del órgano de contratación, de 21 de julio de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro específico de clavos intramedulares para la actividad asistencial de los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. 324/2019), lote 63, convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de septiembre de 2019, se publicó en el 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, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Posteriormente, el 24 de octubre de 2019 se publicó en el perfil una resolución de rectificación de errores con ampliación del plazo de presentación de ofertas que fue, asimismo, objeto de publicidad el 28 de octubre de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea.



El valor estimado del contrato asciende a 9.770.659,13 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

Entre las entidades licitadoras que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 21 de julio de 2020 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato indicado en el encabezamiento. En concreto, el lote 63 afectado por la presente impugnación fue adjudicado a la entidad FUTURIMPLANTS, S.L.

La resolución fue remitida a la ahora recurrente el 22 de julio de 2020 recibéndola el mismo día y siendo publicada el 4 de agosto de 2020 en el perfil de contratante.

CUARTO. El 11 de agosto de 2020, JOHNSON & JOHNSON S.A. (JOHNSON, en adelante) presentó en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato en lo relativo al lote 63.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 12 de agosto de 2020, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le solicitó el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, así como el listado de licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación solicitada se recibió en el Registro de este Tribunal.

SEXTO. Mediante escritos de 2 de octubre de 2020, se dio traslado del recurso a los licitadores interesados concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegacio-



nes que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en plazo la entidad FUTURIMPLANTS, S.L. (en adelante, FUTURIMPLANTS).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, respecto al lote 63, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación acordada por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento».

Asimismo, la disposición adicional decimoquinta del citado texto legal, en su apartado 1, establece que *«Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de*



envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado».

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación fue remitida a la ahora recurrente el 22 de julio de 2020 recibéndola el mismo día, siendo publicada el 4 de agosto de 2020 en el perfil de contratante. Por tanto, computando el plazo -de conformidad con las normas legales citadas- a partir del día 22 de julio de 2020, el recurso presentado en el Registro electrónico de este Tribunal el 11 de agosto se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la controversia suscitada.

JOHNSON solicita la anulación de la adjudicación del lote 63 con retroacción de las actuaciones a fin de que se declare la exclusión de la oferta de FUTURIMPLANTS, S.L., con carácter principal, al haber sido modificada una vez vencido el plazo de presentación de ofertas y subsidiariamente, por incumplimiento de las exigencias del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Con carácter previo, hemos de señalar que el lote 63 forma parte de la agrupación IX que está integrada por los lotes 62 a 67. La recurrente solo insta la anulación de la adjudicación del lote citado, si bien habrán de tenerse en cuenta las consecuencias de una eventual estimación del recurso sobre la agrupación de la que dicho lote forma parte, de conformidad con lo estipulado en los apartados 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y 5.2 del cuadro resumen del citado pliego.

El lote 63, cuya adjudicación se impugna, se describe en un anexo al cuadro resumen del PCAP del modo siguiente *“BLOQUEO TITANIO CEFALICO/ femur-Tipo de tornillo:CEMENTADO”*.

En un primer motivo de impugnación, articulado con carácter principal, JOHNSON esgrime que la oferta adjudicataria del lote 63 se ha modificado una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, lo que ha podido comprobar al haber accedido dos veces al expediente de contratación y, en concreto, a la oferta de FUTURIMPLANTS.



La recurrente alega que, a raíz de esa primera vista, puso en conocimiento del órgano de contratación que el producto ofertado por FUTURIMPLANTS, S.L. al lote 63 no cumplía el requisito establecido en los pliegos referido a *“la posibilidad de ser cementado”*; sorprendiéndole la respuesta que recibió por correo electrónico desde dicho órgano en la que se manifiesta que *“(…) la Comisión Técnica valoró que la oferta presentada por FUTURIMPLANTS, S.L. SÍ CUMPLÍA en base a la documentación aportada en las fichas técnicas (añado ambos documentos donde resalto en amarillo estas especificaciones (...))”* y que *“Si es verdad que el material fungible para la cementación no es propio de este fabricante pero sí recomienda uno adecuado como se aprecia en la documentación aportada”*.

Insiste la recurrente en que esta documentación a que alude el órgano de contratación no constaba en la primera vista que realizó al expediente el 26 de junio de 2020, donde nada permitía deducir que la lámina del clavo ofertado por FUTURIMPLANTS se podía cementar. Por tanto, considera que la adjudicataria ha modificado su proposición de manera sustancial con consentimiento del órgano de contratación, lo que supone una actuación irregular de la Administración contratante que ha quebrantado el principio de igualdad.

A continuación, JOHNSON, pretendiendo acreditar las modificaciones sufridas en la documentación aportada por FUTURIMPLANTS, describe el contenido de (i) la hoja informativa del producto de esta última donde nada se indica sobre la posibilidad de cementación y (ii) de la ficha técnica del clavo ofertado por aquella -que, según JOHNSON, no estaba en la primera vista del expediente, sino en la segunda- donde consta la posibilidad de cementación de la lámina del clavo.

Concluye, pues, que ello no constituye una mera aclaración o ampliación de la información existente sino una modificación de la proposición. Además, sostiene que otra documentación que se ha visto extraordinariamente modificada es la página 12 del dossier sobre la técnica quirúrgica *“MAGIC TROCANter Traumatología”* donde inicialmente no estaba un epígrafe donde ahora se hace referencia a la posibilidad de cementación del clavo.

Frente al motivo expuesto se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que la oferta presentada en el sobre correspondiente por FUTURIMPLANTS es la misma que se adjudica y que no



hay modificación de la oferta. Señala que *“la Comisión Técnica informó favorablemente y tuvo en cuenta que, al quedar constancia en las fichas técnicas del producto que este tenía orificios que permiten la cementación, se valoró el cumplimiento de las prescripciones técnicas en ese punto”*.

Por último, FUTURIMPLANTS se opone al motivo del recurso esgrimiendo, en síntesis, que *“Es cierto y no vamos a negar que nuestro catálogo no indica de forma expresa que el producto comercializado por FUTURIMPLANTS pueda ser cementado. Por esta razón, en el momento en que el organismo solicitó a esta parte un mayor nivel de detalle técnico, en definitiva aclaraciones, en cuanto a tal especificidad -si bien hemos de decir que el Órgano ya ha trabajado con nuestro producto y es conocedor de que sí cumple con la especificación cuestionada- FUTURIMPLANTS confirmó este extremo: que efectivamente el tornillo ofertado puede ser CEMENTADO.*

(...) En ningún momento FUTURIMPLANTS ha modificado su oferta toda vez que no se ha añadido ni alterado ningún aspecto, sino que, como decimos, simplemente se atendió la solicitud de aclaración del organismo, confirmando que efectivamente nuestro producto cumple con el requerimiento de cementado (...).”

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. En este primer motivo de recurso, la controversia se ciñe a determinar si ha existido o no modificación de la oferta inicial de FUTURIMPLANT en el lote 63, determinante de su exclusión de la licitación; argumento que sostiene la recurrente y que rebaten el órgano de contratación y la adjudicataria, esta última incidiendo en que no se ha alterado la proposición sino solo efectuado aclaración de la misma al órgano de contratación.

Como punto de partida, hemos de señalar que la descripción en los pliegos del lote 63 cuestionado es *“BLOQUEO TITANIO CEFALICO/ femur-Tipo de tornillo:CEMENTADO”* y que el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor (criterios no automáticos en terminología utilizada en el informe), emitido el 14 de noviembre de 2019, señala respecto al producto de FUTURIMPLANTS en el mencionado lote que es *“Aceptable: cumple con los requisitos mínimos exigidos en el PPT”*.



Todo el debate suscitado por JOHNSON es que, tras haber accedido posteriormente a la oferta de la adjudicataria, ha podido comprobar la existencia de modificaciones en la misma; ya que en el primer acceso no figuraba documentación relativa a la posibilidad de cementación del producto (requisito mínimo establecido en los pliegos) que posteriormente sí se incluyó. Centra, pues, su impugnación en la alteración de la oferta inicial de FUTURIMPLANTS consentida por el órgano de contratación, dejando para un motivo posterior el alegato de incumplimiento del PPT.

Ciñéndonos, pues, a la existencia o no de modificación de la oferta, hemos de partir del dato de que la constatación del cumplimiento de los requisitos mínimos del PPT por parte de la oferta adjudicataria -entre ellos, el “*cementado*”- se efectuó en el informe técnico de noviembre de 2019 y, por tanto, con arreglo a la documentación inicialmente aportada por FUTURIMPLANT.

El hecho de que posteriormente se le solicitara documentación adicional -circunstancia que no niega la interesada en sus alegaciones y que se refleja en el propio correo electrónico del órgano de contratación que transcribe la recurrente, donde se indica *“Además, he solicitado a la casa que fabrica los implantes documento que garantice que el clavo puede cementarse (añado también este documento)”*- no ha de implicar necesariamente modificación de la oferta inicial. Debe tenerse en cuenta que la proposición versa materialmente sobre un producto previamente existente en el mercado el cual, desde que se oferta, reúne ya una serie de requisitos y características. Cuestión distinta es que la documentación o ficha técnica del producto pueda contener o no la información necesaria para constatar si el mismo se acomoda a las exigencias técnicas de los pliegos; por tanto, si aquella documentación resultare insuficiente o arrojase dudas sobre el cumplimiento de un requisito, nada impide al órgano de contratación solicitar la pertinente aclaración, pues la misma no modificará el producto ofertado -salvo que este haya experimentado algún cambio con posterioridad a su presentación en la licitación, extremo que no se discute y ni siquiera se apunta en el recurso-, sino simplemente completará la información sobre el mismo, contribuyendo, en su caso, a despejar las dudas que pudieran existir acerca de la observancia de los requisitos establecidos -en nuestro caso, el cementado del tornillo-.

En definitiva, pues, los argumentos expuestos por JOHNSON podrían constatar que la información técnica del producto ofertado por FUTURIMPLANTS es ahora más precisa e incluso se ha podido ampliar en



comparación con la inicialmente aportada, pero dichos argumentos no son concluyentes para justificar que el producto ofertado se haya modificado, único supuesto que determinaría la exclusión de la oferta.

El artículo 176.1 de la LCSP prevé esta posibilidad de aclaración en el procedimiento de diálogo competitivo al señalar que *“Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto.*

La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio”. No obstante, esta previsión legal es igualmente extensible al resto de procedimientos según doctrina reiterada de los tribunales de justicia y administrativos relativa a la posibilidad de aclaración de las ofertas siempre que ello no implique una modificación de la proposición inicial. Sirva de ejemplo, la Resolución 73/2020, de 26 de febrero, de este Tribunal, cuando señala lo siguiente:

“Pues bien, en cuanto a la posibilidad o no de la mesa o, en su caso, del órgano de contratación de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas por las entidades licitadoras, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse en reiteradas ocasiones (v.g. Resoluciones 317/2015, de 15 de septiembre, 331/2015, de 1 de octubre, 108/2016, de 20 de mayo, 163/2016, de 6 de julio, 220/2016, de 16 de septiembre, 289/2016, de 11 de noviembre, 12/2017, de 13 de febrero, 28/2017, de 9 de febrero, 182/2017, de 9 de septiembre y 61/2019, de 7 de marzo, entre otras muchas).

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas técnicas y/o económicas. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

- *Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.*



- Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.

- El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de este, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

- El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada”.

Procede, pues, desestimar el motivo sobre la base de que la aclaración y/o información solicitada a la adjudicataria y aportada por esta no evidencia que se haya producido una modificación del producto ofertado.

SÉPTIMO. En un segundo motivo, articulado con carácter subsidiario al ya resuelto, JOHNSON alega que el implante ofertado por FUTURIMPLANTS no se puede cementar, incumpliendo uno de los requisitos mínimos del PPT.

Esgrime que ni en la documentación aportada originariamente por FUTURIMPLANTS ni en la información que consta en su web existe técnica quirúrgica alguna en la que se describa posibilidad de cementación, y que en caso de que se pudiera cementar la lámina del clavo ofertado por la adjudicataria, debería constar



la técnica quirúrgica que debe seguirse para ello. Aduce que *“se escuda FUTURIMPLANTS, S.L. en el hecho de que su lámina está perforada, pero esa perforación no implica que pueda ser cementada. Para que pueda ser cementada, necesita de un instrumental específico como es un juego de cánulas y jeringas conectadas al brazo con extensiones laterales en la punta de la lámina que son las que permiten la expulsión controlada de cemento a lo largo del ápice de la cabeza de la lámina.*

Esta falta de cánulas y jeringas son la evidencia más plausible de la imposibilidad de cementación ya que si no se consigue una expulsión controlada de cemento a través de la lámina implica un riesgo de fuga articular que puede llevar a una embolia pulmonar (riesgo de muerte)”.

Concluye, con invocación del artículo 139.1 de la LCSP, que el órgano de contratación debió excluir la oferta adjudicataria por incumplimiento del PPT.

Por su parte, el órgano de contratación se opone al alegato de la recurrente esgrimiendo que, según el informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, el producto ofertado por la adjudicataria del lote 63 cumple los requisitos mínimos. En tal sentido, manifiesta que *“La lámina del clavo está perforada, es canulada y permite la cementación.*

Comentar que la cementación no es una práctica habitual, pero sí es necesaria en algunas circunstancias como en intervenciones, fracturas patológicas, mala calidad ósea etc., por eso es necesario que el implante pueda permitir esta técnica.

Además, como informa la comisión técnica también se tuvo en cuenta la posibilidad que tiene este implante en concreto de colocarse con sistema de guía para obviar la radiología intraoperatoria en los clavos largos.

A iguales características salió el producto de menor precio.

(...) Nos llama la atención que el correo a que hace referencia en su escrito la empresa Johnson, se refiere a los lotes 62,64 y 65 de la citada Agrupación IX, cuando el recurso va referido al lote 63, de la misma agrupación.

En consecuencia, como ya se ha indicado el pliego se ha aplicado tal cual sin modificación.

No se ha vulnerado en ningún momento el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores ya que como hemos visto en los puntos anteriores la oferta cumple con las prescripciones técnicas y por tanto no se puede excluir.”



Finalmente, la entidad interesada, en su escrito de alegaciones, aduce que <<(…) La recurrente asegura que el incumplimiento se debe a que en la web de FUTURIMPLANTS no se menciona el aspecto aquí discutido -que el tornillo no puede cementarse- y que debería constar la técnica para llevarse a cabo. Todo un despropósito por cuanto además de que los Pliegos, Ley entre las partes -como acertadamente señala JOHNSON en su recurso-, en ningún momento solicitan dicha técnica, el hecho de que esa información no esté al alcance de todos, no quiere decir que no pueda realizarse.

Proclama JOHNSON en su escrito de impugnación que FUTURIMPLANTS “se escuda en el hecho de que su lámina está perforada” para defender el cumplimiento del cementado por parte de nuestro producto. Pues bien, a pesar de ser aspectos técnicos, consideramos preciso trasladar al Tribunal al que nos dirigimos que el Lote 63 consiste en un tornillo cementado. Es decir, un tornillo tipo “lámina” que puede ser susceptible de cementarse intra operatoriamente, según el criterio del cirujano. El tornillo tipo lámina ofertado por FUTURIMPLANTS dispone de agujeros para posibilitar la cementación y desde un punto de vista técnico sería absurdo diseñar un tornillo tipo lámina con agujeros si su función no fuese la de posibilitar que el cemento se pudiese inyectar y expandirse en el hueso osteoporótico para lograr lo que técnicamente se denomina aumentación. Es decir, como saben los técnicos del Órgano de contratación y como conocemos los profesionales del Sector, entre los que se encuentra JOHNSON & JOHNSON -los tornillos tipo lámina están diseñados para ser cementados” .

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes procede examinar si el producto adjudicado en el lote 63 cumple o no uno de los requisitos mínimos del PPT, toda vez que la recurrente afirma que aquel no se puede cementar, extremo que niegan tanto el órgano de contratación como la entidad adjudicataria.

Ya hemos señalado que los pliegos describen el objeto del lote 63 del modo siguiente: “BLOQUEO TITANIO CEFALICO/ femur-Tipo de tornillo:CEMENTADO”, por lo que el requisito relativo al cementado es indiscutible.

JOHNSON cuestiona tal cumplimiento por parte de la oferta adjudicataria argumentando, de un lado, que en la documentación inicialmente aportada por aquella y en la información que consta en su página web no



existe técnica quirúrgica que describa la posibilidad de cementación; y de otro, que el hecho de que la lámina esté perforada no implica que pueda ser cementada pues para ello es necesario un instrumental específico cuya falta evidencia tal imposibilidad.

Pues bien, lo cierto es que la comisión técnica consideró desde el inicio que el producto de FUTURIMPLANT en el lote 63 cumplía los requisitos mínimos del PPT, argumento que se confirma en el seno de la Administración contratante tras haberse solicitado información adicional sobre el implante -extremo que se desprende del propio correo electrónico reproducido en el recurso que se remite a JOHNSON por uno de los miembros de la comisión técnica-. Asimismo, hemos señalado en el anterior fundamento que tal documentación adicional no supone, a juicio de este Tribunal, una modificación de la oferta inicial, sino una simple aclaración o precisión de la misma perfectamente posibles conforme a constante doctrina de los tribunales.

Partiendo, pues, de esta premisa, los argumentos técnicos que sostiene la recurrente acerca de la inexistencia de técnica quirúrgica que describa la posibilidad de cementación y de la inoperancia de la perforación de la lámina a los efectos del cumplimiento del requisito son “*apreciaciones técnicas*” que chocan con el criterio técnico del órgano evaluador, que precisamente llegó a la conclusión contraria en su consideración de que la lámina del clavo está perforada y permite la cementación; criterio este último que debe prevalecer sobre el particular de la recurrente, dada su presunción de certeza y razonabilidad basada precisamente en la especialización e imparcialidad reconocidas jurisprudencialmente a los órganos técnicos de la Administración.

Y si bien este Tribunal ha señalado (v.g. Resolución 24/2016, de 3 de febrero) que cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT se reduce el margen de discrecionalidad técnica -porque no se trata de valorar o evaluar una proposición, sino de verificar objetivamente si la misma cumple unos requisitos técnicos concretos-, hay supuestos como el aquí analizado donde resulta claro que la verificación del cumplimiento de una proposición por la entidad contratante exige un análisis técnico de mayor calado y complejidad, el cual, salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, debe prevalecer sobre cualquier otro, encontrándose amparado en la doctrina de la discrecionalidad técnica tan reiterada en nuestras resoluciones. Valga por todas, la Resolución 239/2020, de 9 de julio, que reproduciendo la



198/2019, de 19 de junio, señala que *“(...) la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara 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” solo 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” .

Con base en las consideraciones anteriores, al no acreditarse la existencia de error ni arbitrariedad en la constatación por la Administración de que el producto adjudicado cumple las exigencias técnicas de los pliegos, el motivo debe ser desestimado y con él, el recurso interpuesto.

OCTAVO. En sus alegaciones al recurso, FUTURIMPLANTS solicita la imposición de multa a la recurrente por su evidente mala fe. Argumenta que JOHNSON, actual proveedora del producto, es conocedora de la competencia técnica del órgano de contratación y en particular de la comisión técnica. Por eso, alega que *<< sorprenden sus descalificaciones hacia dicho organismo, acusándole de actuaciones irregulares, de obviar los requisitos establecidos, de contravenir sus propios actos, y de actuar con ligereza. En definitiva, Johnson quiere establecer que el órgano, a sabiendas de un flagrante incumplimiento por parte de uno de los licitadores, del que pudieran derivarse consecuencias para los pacientes, adjudicó a dicho licitador.*

Parece más bien, que Johnson con una arrogancia evidente, cuando alude a su compromiso con la salud pública, quisiera ponerse por encima de otros licitadores, y del propio órgano. Olvida citar que el propio órgano en respuesta a sus preguntas dice textualmente “Además en la valoración técnica también se tuvo en cuenta la posibilidad que tiene este implante en concreto -el de FUTURIMPLANTS- de colocarse con sistema de guía para obviar la radiología”.



Parece más bien que Johnson & Johnson casualmente el actual contratista que suministra los bienes objeto del Lote controvertido al Órgano convocante de esta licitación tenía el indiscutible propósito de atrasar lo máximo posible la formalización del contrato del Lote 63 entre FUTURIMPLANTS y el Órgano de contratación con el único objetivo de alargar el suministro actual (...)>>.

Al respecto, el artículo 58.2 de la LCSP reconoce que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”.*

Este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 64/2018, de 8 de marzo), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”.*

Pues bien, aun cuando el recurso ha sido desestimado y sus motivos pueden resultar forzados a la luz de los datos que arroja el expediente y de las alegaciones efectuadas por el órgano de contratación y por la entidad interesada en el procedimiento, no se aprecia en los mismos una absoluta falta de fundamentación jurídica. Es posible que la recurrente se haya prevalecido de sus conocimientos técnicos sobre la materia para llevar al ánimo de este Tribunal el convencimiento sobre la modificación de la oferta adjudicataria y su incumplimiento de los pliegos, pero no tenemos elementos de juicio suficientes para afirmar que lo haya hecho a sabiendas de su absoluta ausencia de argumentos técnicos y jurídicos. Tratándose de cuestiones eminentemente técnicas, las apreciaciones de la recurrente no pueden prevalecer sobre las del órgano de contratación, pero no por ello denotan carencia manifiesta de fundamentación



En definitiva, no se evidencia con la interposición del recurso una absoluta deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo. En consecuencia, este Tribunal no aprecia mala fe ni temeridad manifiesta para la imposición de multa.

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 la resolución del órgano de contratación, de 21 de julio de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro específico de clavos intramedulares para la actividad asistencial de los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. 324/2019), lote 63, convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 63.

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.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes 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.

