

**Recurso 136/2012.**

**Resolución 29/2013.**

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

Sevilla, 19 de marzo de 2013

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A** contra la resolución, de 3 de diciembre de 2012, del Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén adscrito al Servicio Andaluz de Salud por la que se adjudican las agrupaciones 6 y 7 del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares” (Expte. 233/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 20 de abril de 2012, el Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén adscrito al Servicio Andaluz de Salud dictó resolución por la que se acordaba el inicio del expediente de contratación para la adjudicación del contrato de suministro de prótesis articulares (SUBG.04), al amparo del artículo 9.3 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, mediante procedimiento de adjudicación de contratos basados en el previo acuerdo marco con varios empresarios nº 4005/2010.

El valor estimado de la contratación es de 5.702.371,75 euros.

En la misma fecha, se dictó por el citado órgano de contratación resolución aprobando el expediente de contratación y acordando la apertura del procedimiento de adjudicación.

**SEGUNDO.** El 11 de octubre de 2012, el Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén dictó resolución de adjudicación del contrato de suministro de prótesis osteoarticulares (SUBG SU.PC.SANI.04.06 del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud.)

La agrupación 6 “ Prótesis primaria de rodilla estándar” fue adjudicada a la empresa ZIMMER, S.A, cuya oferta obtuvo la mayor puntuación en los criterios de adjudicación (76,10 puntos) y la agrupación 7 “Prótesis primaria de rodilla. Platillo fijo y móvil” se adjudicó a la entidad EXACTECH IBERICA, S.L.U, cuya proposición fue valorada con un total de 83,48 puntos.

La oferta de la recurrente JOHNSON & JOHNSON, S.A obtuvo 72,40 puntos en la agrupación 6 y 70,77 puntos en la agrupación 7.

**TERCERO.** El 31 de octubre de 2012, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A. El objeto del recurso se circunscribía a la adjudicación de las agrupaciones 6 y 7 del contrato de suministro.

El 29 de noviembre de 2012, este Tribunal dictó la Resolución 117/2012 por la que se estimó el recurso especial en materia de contratación y se declaró la nulidad de la resolución de adjudicación de las citadas agrupaciones de lotes, acordando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su emisión, a fin de que se dictara otra nueva donde se motivaran suficientemente las puntuaciones asignadas a las ofertas en los distintos criterios de adjudicación y se procediera a su notificación en los términos legales.

**CUARTO.** El 3 de diciembre de 2012, el Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén dictó, en cumplimiento de lo acordado por este Tribunal,

nueva resolución de adjudicación de las agrupaciones 6 y 7 del contrato. La citada resolución fue remitida a la entidad JOHNSON & JOHNSON, S.A. el día 4 de diciembre de 2012.

El 21 de diciembre de 2012, la citada entidad presentó en el Registro General del Complejo Hospitalario de Jaén escrito de anuncio de recurso especial en materia de contratación y, en igual fecha, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de recurso contra la nueva resolución de adjudicación de las agrupaciones 6 y 7 del contrato.

El mismo día 21 de diciembre de 2012, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación, el informe correspondiente sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de comunicaciones con este Tribunal.

El 28 de diciembre de 2012, tuvo entrada en el Registro del Tribunal la documentación solicitada al órgano de contratación.

El mismo día 28 de diciembre, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición del recurso a los licitadores interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado las empresas ZIMMER, S.A. y EXACTECH IBÉRICA, S.L.U.

**QUINTO.** El 2 de enero de 2013, este Tribunal dictó resolución manteniendo la suspensión del procedimiento de adjudicación de las agrupaciones 6 y 7 del contrato.

**SEXTO.** Mediante oficio de este Tribunal, de 8 de febrero de 2013, remitido a la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, se solicitó la designación de un profesional especializado, que no perteneciera al ámbito hospitalario de procedencia del recurso, a fin de que proporcionara al Tribunal asesoramiento técnico puntual sobre determinadas



cuestiones de índole técnica derivadas del recurso interpuesto.

El 19 de marzo de 2013, se recibió en el Registro de este Tribunal informe de un profesional designado por la citada Dirección General –previamente recibido a través del correo electrónico de este Tribunal- en el que se da respuesta a las dudas o cuestiones de índole técnica planteadas con relación a los argumentos del recurso.

## 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, 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 el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Procede analizar ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40 del TRLCSP.



El recurso se ha interpuesto contra el acto de adjudicación de las agrupaciones 6 y 7 de un contrato de suministro basado en un previo acuerdo marco en el que se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 198 del TRLCSP.

El contrato de suministro en cuestión pretende ser concertado por una Administración Pública, está sujeto a regulación armonizada por su valor estimado y aún no se ha formalizado. Asimismo, el acto impugnado es la resolución de adjudicación. Por tanto, resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“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”*

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación impugnada fue dictada el 3 de diciembre de 2012 y remitida a la entidad JOHNSON & JOHNSON, S.A. el día 4 de diciembre de 2012. Por tanto, habiéndose presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el 21 de diciembre de 2012, el mismo ha sido interpuesto dentro del plazo legal.

Asimismo, el 21 de diciembre de 2012, la citada empresa presentó en el Registro General del Complejo Hospitalario de Jaén escrito de anuncio del recurso, dando así cumplimiento a lo estipulado en el artículo 44.1 del TRLCSP.

**QUINTO.** Procede, pues, analizar la cuestión de fondo que se suscita en el recurso y que queda circunscrita a la motivación y puntuación del criterio de adjudicación “valoración funcional del producto”. Los motivos del recurso pueden resumirse del modo siguiente:



1. En la agrupación 6, la empresa adjudicataria ha obtenido 20 puntos en el criterio “valoración funcional”, frente los 10 puntos recibidos por la recurrente. Asimismo, en la agrupación 7, tanto la adjudicataria como la recurrente reciben 10 puntos en la valoración del criterio. En cambio, los Registros sueco, australiano e inglés llegan a la conclusión de que la prótesis Sigma de la empresa JOHNSON & JOHNSON es el sistema de rodilla protésica más implantada en el mundo y la menos recambiada, lo que indica que es la prótesis por excelencia mejor aceptada por la comunidad mundial de cirujanos traumatólogos.

Al respecto, se aportan datos de los citados Registros conforme a los cuales la recurrente concluye que Sigma tiene menor índice de fracasos de revisión que el sistema Nexgen de ZIMMER, S.A en el Registro de Inglaterra y Gales e índices de supervivencia y de revisión similares en los Registros Sueco y Australiano, por lo que no se entiende la diferencia de puntuación entre ambas empresas en ese criterio de adjudicación.

Asimismo, el sistema Optetrak de la empresa Exactech Ibérica, S.L.U. ni siquiera se valora en el Registro Sueco de donde se deduce que el número de implantes de este sistema en Suecia no es lo suficientemente relevante como para ser incluido en el análisis. Por otro lado, el Registro Australiano muestra que esta prótesis cuenta con una mayor tasa de revisión que la prevista por el fabricante. Además, en la agrupación 6 se destaca el fracaso de patela de Optetrak y se le valora con un punto, por lo que no se entiende que en la agrupación 7 obtenga la misma puntuación que Sigma (10 puntos) cuando oferta la misma patela.

Finalmente se adjuntan publicaciones de interés sobre Nexgen y Optetrak.

2. La valoración se ha realizado utilizando criterios no recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas. En concreto, el recurrente desconocía, en el momento de la licitación, los aspectos que determinarían la puntuación del “criterio funcionalidad”, puesto que no han sido reflejados en el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se ha regido la convocatoria.



3. Concorre causa de nulidad de pleno derecho en la adjudicación al haberse reconocido a las empresas adjudicatarias de las agrupaciones 6 y 7 un derecho del que carecen como consecuencia de la errónea calificación realizada.

Por todo ello, se solicita la nulidad de la adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento de valoración del criterio en cuestión.

El órgano de contratación, en el informe sobre el recurso, manifiesta lo siguiente:

1. La valoración funcional de los productos ofertados ha sido realizada por los responsables de las Unidades de Gestión Clínica de Traumatología receptoras del suministro y se encuentra suficientemente motivada por la cualificación técnica de las personas que lo suscriben y por su proximidad a las necesidades que se tratan de cubrir con el suministro.

2. El contenido del pliego fue conocido por la recurrente al recibir la invitación para presentar oferta sin que presentara objeción alguna al contenido del mismo. Por tanto, es extemporánea la alegación de vicios en el contenido del pliego cuando éste fue aceptado pacíficamente y se presentó oferta.

Asimismo, en la tramitación del procedimiento de recurso han presentado **alegaciones** las empresas **ZIMMER, S.A.** y **EXACTECH IBERÍCA, S.L.U.** En concreto, la primera entidad manifiesta lo siguiente:

1. En el Registro de Artroplastias de Cataluña se observa que el modelo más implantado de prótesis de rodilla es el sistema NEXGEN. Asimismo, en el Mercado Español, la agencia que agrupa los datos de éste muestra que aquella prótesis mantiene el liderazgo en el mercado de prótesis de rodilla.

2. También es el implante más utilizado a nivel mundial, sin que se pueda afirmar por los tres registros (inglés, sueco y australiano) que un sistema sea el más utilizado a nivel mundial. En el Registro de Inglaterra aparece que el sistema



Sigma es el más utilizado, pero no se puede olvidar que JOHNSON & JOHNSON es una empresa inglesa.

**3.** Asimismo, en el Registro Sueco se refleja que los modelos del sistema Nexgen presentan el riesgo menor de revisión de todos los presentados y los estudios clínicos del sistema Nexgen muestran que éste presenta excelentes tasas de supervivencia.

Por su parte, la empresa EXACTECH IBÉRICA, S.L.U. realiza las siguientes alegaciones:

**1.** No es impugnabile la resolución recurrida al dictarse en ejecución de un Acuerdo de este Tribunal.

**2.** La recurrente intenta suplantar con su criterio interesado el de la Comisión Técnica que participó en el procedimiento de adjudicación del contrato, la cual actuó dentro del ámbito de discrecionalidad técnica admitido.

**3.** No cabe impugnar un pliego –respecto al criterio valoración funcional- que se aceptó y mucho menos, darlo por “bueno” en cuanto se ha resultado adjudicatario de una parte (agrupación de lotes 5) y, al mismo tiempo, impugnarlo en tanto no se ha sido de otra.

Una vez expuestos los argumentos de las partes intervinientes en este procedimiento, hemos de indicar, con carácter previo, que en la anterior Resolución 117/2012 de este Tribunal se declaró la nulidad de la adjudicación ante la falta de motivación de la misma y la ausencia, en su notificación, de la información exigida en el artículo 151.4 del TRLCSP, entendiéndose que dichas infracciones habían impedido al recurrente la interposición de un recurso suficientemente fundado contra aquélla. En cumplimiento de la Resolución de este Tribunal, el órgano de contratación dicta nueva resolución de adjudicación donde se recogen los argumentos que determinan las puntuaciones asignadas a las ofertas en los distintos criterios de adjudicación.



Así pues, en la medida que el nuevo acto sí permite ya la interposición de un recurso fundado contra el mismo, es posible su nueva impugnación siempre que el recurrente considere que los motivos expuestos por la Administración a la hora de valorar los criterios y realizar la adjudicación no son técnica ni jurídicamente aceptables. Esto es lo que ha sucedido en el supuesto analizado, por lo que resulta indiscutible que el nuevo recurso ha de ser admitido, cuestión obviamente distinta a que el mismo sea o no estimado después de analizar los distintos motivos en que se funda, lo cual constituye el objeto de la presente resolución y se realizará a continuación.

**SEXTO.** En el cuadro resumen del pliego que rigió la licitación del contrato se establecían los siguientes criterios de adjudicación con las respectivas puntuaciones:

**Criterios de evaluación automática:**

1. Precio: 65 puntos, máximo.
2. Implantación del sistema de transacciones electrónicas en las diversas fases que se especifican en la resolución de adjudicación: 5 puntos, máximo.
3. Bonificaciones valoradas económicamente: 10 puntos, máximo.

**Criterios de evaluación no automática:**

1. Valoración funcional del producto: 20 puntos, máximo

Asimismo, la resolución de adjudicación de 3 de diciembre de 2012 recoge el informe de la Comisión Técnica Provincial sobre valoración de las ofertas con arreglo al único criterio de carácter no automático que es la valoración funcional del producto, y en el que se centran los motivos del recurso interpuesto. En este sentido se indica lo siguiente: "Valoración funcional de las ofertas."



*Esta valoración ha sido realizada por la Comisión Técnica Provincial, integrada por los Directores de las Unidades de Gestión Clínica de Traumatología del Complejo Hospitalario de Jaén, Hospital de Úbeda y Hospital de Linares.*

***La valoración de la agrupación de lotes 6, conforme a contenido del citado informe, es la siguiente:***

- *La prótesis de rodilla de la empresa Zimmer, S.A. presenta los mejores resultados sobre 18.000 prótesis a más de 10 años, en el registro de prótesis de rodilla sueco; datos similares en el registro británico, sobre un total de 50.000 prótesis a 5 años y en el registro australiano a 10 años, sobre 14.000 prótesis. Por las razones expuestas, se otorga a esta empresa un total de 20 puntos.*
- *La prótesis PFC SIGMA de la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A. presenta los segundos mejores resultados sobre 23.000 prótesis a más de 10 años en el registro de prótesis de rodilla sueco; datos similares en el registro británico, sobre un total de 130.000 prótesis, a 5 años y sobre 11.000 prótesis en el registro australiano a 10 años. Por lo expuesto, se le otorgan un total de 10 puntos.*
- *Las prótesis de la empresa Exatech Ibérica, S.A.U., presenta un aumento en el índice de revisiones patelares, por lo que se le otorga un punto.*
- *El resto de ofertas se puntúan con un total de 10 puntos (a excepción de las empresas Futurimplant, Biomet y Stryker a las que se otorgan 5 puntos por tratarse de sistemas menos extendidos en el mercado, menos versátiles y adaptables.)*

***La valoración de la agrupación de lotes 7 es la siguiente:***

- *Se otorga a todas las empresas la misma puntuación (10 puntos) al presentar todas ellas similares tasas de revisión.”*

Pues bien, el primer argumento del recurso se refiere a la adjudicación de la agrupación 6 y se funda en que, conforme a los Registros Sueco, Australiano e



Inglés, la prótesis Sigma de JOHNSON & JOHNSON es el sistema de rodilla protésica más implantada en el mundo y menos recambiada, teniendo menor índice de fracasos de revisión que el sistema Nexgen de ZIMMER, S.A. en el Registro de Inglaterra y Gales y niveles de revisión similares en los otros dos Registros, por ello no se entiende la diferencia de puntuación entre ambos sistemas (10 puntos).

En este sentido, la información recibida por el Profesional experto que ha prestado asesoramiento técnico al Tribunal - y que ha analizado los mismos registros utilizados por la Comisión Técnica durante el procedimiento de adjudicación y por la propia empresa recurrente en su escrito de recurso- pone de relieve que los sistemas PFC sigma y NexGen son de los más utilizados en el mundo con una leve ventaja para el segundo en cuanto a número de implantes y menor tasa de revisiones. Asimismo, el sistema NexGen es el más utilizado en nuestro País. Para justificar tal conclusión se adjunta, entre otra, documentación relativa a:

- Reporte Anual 2011 del Registro Sueco (implantes primarios usados entre 2000-2010).
- Reporte Anual 2012 del Registro Australiano.
- Reporte Anual 2012 del Registro Inglés y de Gales: en él se observa que el sistema más utilizado es la rodilla de PFC Sigma, al tratarse de una compañía inglesa. No obstante, se indica que en el año 2012 se abandona el análisis de ratios de revisión y de implantes más utilizados, para centrarse en la mejora de la calidad del paciente antes y después de la cirugía de artroplastia de rodilla. En este sentido, en la tabla que se adjunta aparece que el sistema Nexgen obtiene el mejor resultado de mejora -16,2 puntos- seguido de PFC Sigma con 15,2 puntos.
- Reporte anual 2011 del Registro Sueco (Supervivencia y revisión): refleja que las prótesis primaria de rodilla Nexgen implantadas durante 2000-2010 en Suecia tienen menor riesgo de revisión ( 0,56) que las prótesis PFC Sigma (0,83).

A la vista de la documentación analizada, este Tribunal llega a la conclusión de que el sistema Nexgen presenta cierta ventaja respecto al Sistema PFC Sigma en cuanto a número de implantes e índices de revisión, por lo que no hay razones para considerar que la Comisión Técnica encargada de valorar las ofertas haya sobrepasado los límites de discrecionalidad técnica reconocidos conforme a reiterada jurisprudencia en la evaluación del criterio “valoración funcional del producto”, más aún cuando la citada evaluación se ha practicado sobre datos objetivos arrojados por diversos Registros extranjeros que, posteriormente, han sido confirmados por un experto durante el procedimiento de recurso.

**SÉPTIMO.** Otro de los extremos denunciados en el recurso es la diferencia de puntuación entre ambas ofertas -10 puntos-. Sobre tal cuestión, una vez admitido que el sistema Nexgen supera al sistema PFC Sigma en número de implantes y menor índice de revisión, las puntuaciones otorgadas por la Comisión Técnica dentro de los límites fijados en el pliego es una cuestión que queda reservada a su ámbito de discrecionalidad técnica, pues no se olvide que el criterio de adjudicación discutido no es de carácter automático y si el órgano técnico especializado ha considerado que la diferencia justificada entre ambos sistemas merece esa diferencia de puntos, no puede este Tribunal cuestionar tal decisión.

Al respecto, **la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324)** señala 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 postulen 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.>>*

**OCTAVO.** Otro argumento del recurso se refiere a la adjudicación de la agrupación 7, indicando la recurrente que el sistema Optetrak de la empresa Exactech Ibérica, S.L.U. ni siquiera se valora en el Registro Sueco y que en la agrupación 6 se destaca el fracaso de patela del sistema Optetrack otorgándole un punto en el criterio de adjudicación, mientras que en la agrupación 7 se le otorgan 10 puntos ofertando la misma patela.

Pues bien, aún estimando este motivo del recurso y considerando que el sistema Optetrack sólo debía obtener un punto en el criterio de adjudicación “valoración funcional” de la agrupación 7, ello no habría determinado la adjudicación a favor de la empresa recurrente, toda vez que la adjudicataria EXATECH IBÉRICA, S.L.U. pasaría a obtener 74,48 puntos frente a los 83,48 iniciales, pero, en todo caso, seguiría ostentando mayor puntuación que la recurrente, la cual recibió una puntuación total de 70,77 puntos.

En este sentido, las resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre y 97/2012, de 19 de octubre, abordan la cuestión anterior al compartir el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuya resolución 57/2012, de 22 de febrero, viene a manifestar, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente



hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mantuvo, en aquella resolución, que lo que procede determinar es si el recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar perjuicio de algún tipo, resultando evidente que el beneficio perseguido no puede ser otro que obtener la adjudicación. En consecuencia, si el recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicatario, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión de aquél por falta de legitimación de la empresa recurrente.

Pues bien, en el supuesto analizado en la presente resolución, una eventual estimación del recurso en el extremo discutido por la recurrente respecto al producto ofertado por la adjudicataria en la agrupación 7, no reportaría al recurrente ningún beneficio inmediato, pues seguiría sin ostentar derecho a la adjudicación de la citada agrupación y esta falta de interés legítimo determina que no sea necesario entrar a analizar la cuestión de fondo, es decir, si el sistema de prótesis adjudicado en la agrupación 7 debió recibir un punto en lugar de diez en el criterio de adjudicación “valoración funcional”.

**NOVENO.** Finalmente, el recurrente alega que la valoración funcional de los productos ofertados se ha realizado utilizando parámetros no recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni de prescripciones técnicas, desconociéndose en el momento de la licitación los aspectos que determinarían la puntuación del “criterio funcionalidad”.

Tal alegación resulta improcedente por extemporánea en la fase procedimental en que se interpone el recurso, pues debió plantearse en un recurso contra los pliegos que rigieron la licitación, en lugar de aceptarse incondicionalmente su contenido tras presentar oferta en el procedimiento de adjudicación. En este sentido, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que *“las proposiciones de los*



*interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”*

Asimismo, el pliego de cláusulas administrativas particulares constituye, según reiterada Jurisprudencia, “*lex inter partes*”, debiendo estarse al contenido de sus cláusulas, las cuales vinculan a la Administración y a los licitadores.

Como ya se indicaba en la reciente resolución de este Tribunal 16/2013, de 4 de marzo de 2013, los pliegos que rigen la licitación son la ley del contrato, han sido aceptados incondicionalmente por los licitadores y no han sido impugnados, por lo que debe estarse a su contenido en la resolución del recurso, cuando no se aprecie en los mismos defectos determinantes de nulidad de pleno derecho.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (RJ 2009/4517), en su Fundamento de Derecho cuarto, pone de relieve lo siguiente: “*(...) en nuestro ordenamiento contractual administrativo el pliego de condiciones es la legislación del contrato para el contratista y para la administración contratante teniendo, por ende, fuerza de ley entre las partes. De ahí la relevancia tanto de los Pliegos de cláusulas administrativas generales, como del Pliego de cláusulas administrativas particulares y del Pliego de prescripciones técnicas*”.

En el supuesto sometido a consideración de este Tribunal, el cuadro resumen del pliego que rigió la licitación establecía lo siguiente: “**Criterios de evaluación no automática. Ponderación (%): 20%.**

1. *Valoración funcional del producto. 20 puntos máximo.”*

Ya se ha indicado que no fue impugnado el pliego en lo relativo al criterio de adjudicación expuesto, por lo que resta analizar si la Comisión Técnica

evaluadora, que estaba sujeta al contenido de aquél, se excedió en su cometido a la hora de evaluar las ofertas. En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06), lo que prohíbe a las entidades adjudicadoras es aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios que no se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores, pero no es éste el supuesto.

Este Tribunal no considera que la Comisión Técnica evaluadora supliera carencias del pliego fijando reglas de ponderación o subcriterios que correspondiera establecer a aquél. Tan sólo definió su marco de actuación en la valoración del criterio y, dentro del ámbito de discrecionalidad que le está permitido, adoptó el acuerdo de seguir los datos arrojados por registros internacionales independientes de prótesis accesibles a través de la página de la Sociedad Europea de Federaciones de Sociedades Nacionales en Cirugía Ortopédica y Traumatología (así figura en la página 335 del expediente de contratación), por lo que no cabe imputar reproche alguno a este acuerdo.

Procede, pues, la desestimación del recurso interpuesto.

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

## RESUELVE

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A** contra la resolución, de 3 de diciembre de 2012, del Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén adscrito al Servicio Andaluz de Salud por la que se adjudican las agrupaciones 6 y 7 del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares”.



**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

**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.

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.

**LA PRESIDENTA**

