



Recurso nº 1170/2017

Resolución nº 1212/2017

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.H.S., en nombre y representación de JOHNSON & JOHNSON, S. A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del *“acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado”* (Exp. AM 2017/136), licitado por Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), Entidad Gestora de la Seguridad Social dependiente de la Administración General del Estado, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 16 de octubre de 2017, el Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), dispuso la aprobación del procedimiento de licitación así como de los pliegos del acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado, expediente AM 2017/136.

El 26 de octubre de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector público, el 27 de octubre en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 31 de octubre en el Boletín Oficial del Estado (BOE) se publican los anuncios de la licitación del acuerdo marco.

El contrato, calificado como de suministros, nomenclatura CPV 33184100-4 y 33141770-8, tiene un valor estimado de 20.723.438 euros, excluido el IVA, estando dividido en 39, lotes, y licitándose por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

Los anuncios de licitación establecen como forma de recogida de los pliegos indistintamente la dirección del órgano de contratación y la página web del perfil del contratante.

La prescripción 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) “CARACTERÍSTICAS REFERENTES A LOS MATERIALES” en los apartados 2.2.1 a 2.2.3 establece lo siguiente.

“2.2.1. En las aleaciones metálicas se debe especificar si hay un componente de níquel en la aleación.

2.2.2 Se considerará una superficie lisa aquella con rugosidad $Ra \leq 0.5$ micras, y rugosa aquella con Ra entre 2–2.5 micras.

2.2.3 En el caso de los Implantes con recubrimiento:

- *El tamaño de los debe oscilar entre 1 00 y 400 micras*
- *Porosidad entre el 20 y 40 %*
- *En el caso de recubrimiento con Hidroxiapatita, el espesor del recubrimiento no debe ser superior a 150 micras.*

Segundo. El 17 de noviembre de 2017 JOHNSON & JOHNSON, S. A. anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el PPT del acuerdo marco.

El 20 de noviembre a las 09:49:43 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación.



El *petitum* del recurso, solicita *“que se declare la nulidad de los pliegos impugnados que rigen la licitación o, subsidiariamente, se declare la anulación de los mismos por los motivos expuestos”*.

Solicita la suspensión del procedimiento.

Tercero. El órgano de contratación, el 23 de noviembre de 2017, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe. En el consta por certificación la única empresa que ha presentado oferta.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 5 de diciembre de 2017, dio traslado del recurso interpuesto a la otra licitadora, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase las alegaciones sin haber hecho uso de su derecho.

Quinto. La Secretaria, por delegación del Tribunal resuelve, el 1 de diciembre, la medida provisional consistente en conceder la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.1 del TRLCSP y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. Hemos de examinar ahora la legitimación del recurrente.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e*



intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.

En relación con el concepto de interés legítimo en el ámbito administrativo, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 o 2 de octubre de 2001, declara que por *interés* debe entenderse toda situación jurídica individualizada que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, siendo *interés legítimo* el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente, en razón de su objeto social puede ser licitadora en el procedimiento, por lo que está legitimada para interponer los recursos conforme a los artículos 42 del TRLCSP y 22.1.2º del RPERMC.

Tercero. Se recurre el PPT de un acuerdo marco calificado como de suministros, con un valor estimado superior a los 135.000 euros.

Sobre el ámbito de competencias de este Tribunal ha tenido particular incidencia el transcurso, el pasado 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DN) y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento



Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DSE).

Dicha transposición no se llevó a cabo por el Reino de España en el plazo establecido para ello, antes del 18 de abril de 2016, y no se producirá hasta que entre en vigor 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.

El hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciados con posterioridad al 18 de abril de 2016 –entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, del TRLCSP, *sensu contrario*, aquellos procedimientos abiertos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, con posterioridad a dicha fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos igualmente con posterioridad a dicha fecha–, están sujetos al efecto directo de la Directiva de concesión. Este es el caso del procedimiento que nos ocupa.

A tal efecto ha de tenerse en cuenta los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016.

Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la



Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

La DN fija el umbral económico de los contratos de suministro en 135.000 o 209.000 euros, en función del poder adjudicador, igual que en el vigente artículo 15 del TRLCSP.

En el presente caso, el acuerdo marco de suministros excede de 135.000 euros, por lo que se trata de un contrato armonizado a cuyo conocimiento se extiende la competencia de este Tribunal.

Por otro lado el PPT del contrato, es expresamente recurribles.

En consecuencia el acto es recurrible, conforme a los artículos 15.1.a, 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP, y 22.1.3º y 4º del RPERMC.

Cuarto. Los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores, indistintamente en la dirección del órgano de contratación y en la página web del perfil del contratante.

Los anuncios se publicaron el 26 de octubre de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector público, el 27 de octubre en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 31 de octubre en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

El recurso se interpuso el 20 de noviembre, precedido de su anuncio al órgano de contratación.

El artículo 44, apartados 1 y 2, letra a, del TRLCSP señala.

“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.



2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

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

Por su parte el artículo 19.1 y 2, del RPERMC, dispone.

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido.

En caso contrario, el cómputo comenzará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los interesados para su conocimiento. En este último caso, cuando dichos documentos hayan sido puestos a disposición de los interesados solamente por medios electrónicos, el plazo para recurrir comenzará a computarse a partir de la fecha en que concluya el de presentación de las

proposiciones, salvo que hubiese constancia de que fueron conocidos con anterioridad a dicha fecha. Cuando no se hubieran puesto a disposición de los interesados por medios electrónicos el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a aquel en se hayan entregado al recurrente.”

De conformidad con dichos preceptos, y teniendo en cuenta las reglas de cómputo establecidas en el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

Quinto. Los argumentos de la recurrente se refieren a que la configuración de determinadas especificaciones del PPT supone la vulneración de los principios rectores de la contratación pública, de igualdad entre licitadores y el de búsqueda de la máxima concurrencia.

En particular, atribuye ese efecto a las exigencias de porosidad y al espesor de recubrimiento de hidroxiapatita de los implantes con recubrimiento, fijadas en la prescripción 2.2.3 del PPT, que son parámetros relacionados con la fijación y la formación de hueso (osteointegración) y, relativos a la supervivencia de la prótesis a corto medio y largo plazo.

Afirma que no existe ningún estudio ni recomendación internacional que indique que una porosidad entre 20-40% obtenga mejores resultados que una porosidad entre 45-65%, ni evidencia clara que indique que el espesor de la capa de Hidroxiapatita, consiga mejores resultados si es igual o inferior a 150 micras, que si es igual o inferior a 155 micras, y que su prótesis.

Afirma que su prótesis que tienen un grado de porosidad entre 45-65% y un espesor de capa de Hidroxiapatita de 155 micras, muestran excelentes resultados clínicos, de seguridad y supervivencia en Registros Nacionales y en numerosas publicaciones científicas de alto nivel.

Por ello, al introducir las referidas especificaciones técnicas en el PPT se limita la concurrencia a la licitación tanto a la recurrente como a otros posibles licitadores que

podrían presentar soluciones cuyos objetivos de supervivencia en el paciente son a largo plazo.

En el informe del órgano de contratación al recurso, aquel señala que el acuerdo marco es un sistema de racionalización técnica de la contratación pública, por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación, ni de un procedimiento de adjudicación.

Que los productos que se han licitado son de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud (SNS), que por sus características y consumo han sido considerados por los responsables de los servicios de salud adheridos al procedimiento, como idóneos para una adquisición agregada.

Que el acuerdo marco no es un procedimiento de compras por indicación (no se seleccionan productos para abordar una patología), simplemente pretende seleccionar unos productos que en la actualidad son de uso generalizado en el SNS y sobre los cuales los responsables sanitarios han considerado su idoneidad para abordar una agregación en su aprovisionamiento y cuyas características técnicas han sido concretadas y consensuadas con los profesionales sanitarios que realizan la práctica clínica diaria.

Así el objetivo no es incorporar al acuerdo marco todas las soluciones del mercado, sino sólo aquellas para las que por su uso clínico, se ha considerado que el acuerdo marco puede ofrecer mayor eficiencia, sin que ello cierre el mercado para el resto de alternativas existentes, que pueden seguir accediendo al SNS por los procedimientos habituales de contratación.

Así el acuerdo marco no tiene carácter de exclusivo respecto a los productos, ni excluyente en los procedimientos. La definitiva adquisición, en función de las necesidades clínicas específicas del paciente, se formalizará mediante contratación derivada del acuerdo marco o, en su caso, fuera de éste mediante los procedimientos habituales de contratación. No existe por tanto limitación alguna de la competencia.



Igualmente se refiere a las características técnicas fijadas en el PPT señalando diversas consideraciones medicas relativas tanto a que la porosidad óptima necesaria para la fijación al hueso que son de una porosidad de entre el 20-40%, como el rango de porosidad propuesto del 45-65% sea mejor o al menos igual al estándar que se ha venido asumiendo basado en estudios específicos.

Igualmente sostiene las consideraciones médicas de que el espesor del recubrimiento de Hidroxiapatita no debe ser superior a 150 micras, pues los recubrimientos de 25-100 micras presentan una buena estabilidad, mientras que a partir de 150 micras son más frágiles, de modo que la mayoría de los implantes comercializados tienen una capa de hidroxiapatita de un grosor entre 50 y 70 micras. Señala así mismo que los valores que se mantienen como referencia de calidad para el grosor de la capa de hidroxiapatita para una buena osteointegración han permanecido invariables y son los que se han establecido en el PPT consensuado con los distintos agentes del SNS. Establecer otro rango sin evidencia bibliográfica específica sería contrario a la *lex artis ad hoc*, pues si bien no hay estudios que indiquen que el espesor de la capa de Hidroxiapatita, consiga mejores resultados si es igual o inferior a 150 micras, que si es igual o inferior a 155 micras, tampoco existen estudios que indiquen que este espesor propuesto de 155 micras sea mejor o al menos igual al estándar que se ha venido asumiendo basado en estudios específicos.

Sexto. Para resolver la cuestión planteada hemos de referirnos a la Resolución 140/2013, de 10 de abril de 2013, cuyos argumentos fueron ratificados por la número 139/2014.

En ella señalamos lo siguiente *“como bien señala el órgano de contratación en el informe del art. 46.2 TRLCSP, el presente acuerdo marco no tiene carácter exclusivo ni excluyente, siendo lo cierto que el Sistema Nacional de Salud seguirá, en todo caso, obligado a proporcionar la debida atención a sus pacientes y que, por ende, podrá y deberá, en su caso, acometer procedimientos específicos y separados de contratación para la adquisición de los productos que sean indispensables para la cobertura de cualesquiera necesidades que no resulten debidamente atendidas en el marco de la presente licitación. Por otro lado, en dicho informe el órgano de contratación afirma (en*

términos que deben presumirse veraces a tenor de lo dispuesto en el artículo 317.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que las características técnicas así descritas se corresponden con productos de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud y que las distintas Administraciones que son parte en el acuerdo marco reputan idóneos, siendo evidente que la uniformización en las tales características y el establecimiento de estándares de calidad comunes, no sólo favorece la aplicación de economías de escala sino que, además, redundará en una mejora de la calidad y equidad del sistema”.

Esta doctrina es sin duda aplicable al asunto que aquí se plantea, al no ser el procedimiento del acuerdo marco un procedimiento exclusivo y excluyente, y no impedir, por tanto, que el bien suministrado por la recurrente pueda ser adquirido por las entidades y organismos subjetivamente afectados por aquél, mediante procedimientos de contratación singulares atendiendo a las necesidades clínicas específicas del paciente, no puede afirmarse que la no inclusión entre las especificaciones de material del PPT del referido bien vulnere los principios de igualdad y libre concurrencia.

Además, como resulta del recurso y del informe del órgano de contratación, no es pacífico técnicamente que los productos suministrados por la recurrente ofrezcan mejor o al menos igual calidad en la prestación que el estándar que el Sistema Nacional de Salud ha venido asumiendo y concreta en el acuerdo marco, basándose en los estudios específicos que invoca el órgano de contratación; por lo que dicho órgano, al que corresponde definir las características de los bienes a suministrar para la mejor satisfacción del interés general al que sirve, puede y debe fijar las especificaciones técnicas de los bienes que de acuerdo con lo que, conforme a la experiencia y conocimientos contratados, mejor satisfacen el objeto del acuerdo marco.

En consecuencia, se desestima el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.H.S., en nombre y representación de JOHNSON & JOHNSON, S. A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del *“acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado”* (Exp. AM 2017/136), licitado por Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), Entidad Gestora de la Seguridad Social dependiente de la Administración General del Estado.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso vinculado 1171/2017 sobre el mismo procedimiento, producida de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.