

Recurso 243/2017**Resolución 266/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 5 de diciembre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato denominado “Suministro de prótesis e implantes para las Unidades de traumatología de los Hospitales de Alta Resolución dependientes de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir”, promovido por la citada Agencia Pública Empresarial (Expte. 2017/PA-42-12345), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de septiembre de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el anuncio de licitación se publicó el 5 de octubre de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm. 240 y, el 25 de septiembre de 2017, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 935.637,10 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 17 de octubre de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad JOHNSON & JOHNSON, S.A. (JOHNSON, en adelante) contra el pliego de prescripciones técnicas (PPT) del contrato citado en el encabezamiento.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 18 de octubre de 2017, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida provisional de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida al órgano de contratación tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 20 de octubre de 2017, a excepción del listado de licitadores que se recibió con posterioridad.

QUINTO. El 26 de octubre de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Mediante escritos de 6 de noviembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento,



concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. En el citado plazo, la entidad STRYKER IBERIA, S.L. (STRYKER, en adelante) solicitó vista del expediente, no constando la presentación de ninguna alegación sobre el recurso en el plazo señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede 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, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:
(...)*



c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus Resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo y 145/2017, de 14 de julio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, 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.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones, lo que dificulta, a su juicio, la libre concurrencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber participado en la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El acto impugnado es el pliego de prescripciones técnicas de un contrato de suministro que pretende concertar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso especial es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a del TRLCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone 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 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.”

En el supuesto examinado, la publicidad de la convocatoria quedó completada el 5 de octubre de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Aquella fecha constituye, pues, “dies a quo” en el cómputo del plazo de interposición del recurso, por lo que, habiéndose presentado el recurso el 17 de octubre de 2017 en el Registro del Tribunal, el mismo se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de sus motivos.

La recurrente solicita que se declare la nulidad del PPT por vulneración del principio de libre concurrencia en la configuración de determinadas especificaciones técnicas. A tales efectos, va exponiendo a lo largo de su escrito las características técnicas que entiende contrarias a la normativa contractual en cada uno de los cuatro lotes en que se divide el objeto del contrato. Procedemos, pues, a analizar los alegatos de la recurrente partiendo de la descripción de los lotes.

- El **lote 1** se denomina “Artroscopia de hombro, rodilla y tobillo. Fungibles e



implantes y ligamentoplastia (reparación artroscópica de rotura de ligamento cruzado anterior)”. El PPT define sus características técnicas del modo siguiente:

«Terminal tipo resector y fresas motor artroscopia.

Terminal vaporizador tejidos blandos

Cánulas con espiral para artroscopia

Brocas para colocación de suturas de 1,4 y 2,3

Aguja guía nitinol

Aguja guía en horquilla con punta broca distintos diámetros

Aguja guía con extremo roscado y con punta broca para paso alambre en túnel transversal femoral

Alambre flexible con extremos roscados para paso de plastia por túnel femoral

Arpones de bioanclaje de distintas medidas canulados con dos hilos o hebras tipo “fiber force” ó similar enhebradas a través de ojales de sutura independientes, con introductor con punta de trocar y con o sin agujas semicirculares. Diseñados para sutura de manguito de los rota de reparación de tejidos blandos.

Arpones de bioanclaje de 3.5 mm con uno ó dos hilos o hebras tipo “fiber force” o similar, simple o enhebrada (Instrumental para implantación).

Tratamiento inestabilidad y lesiones en SLAP. Posibilidad de opción guía recta con sistema de implantación recto y guía flexible con broca flexible adaptable a la localización deseada de colocación del implante intra

Arpones de anclaje en titanio de distintos tamaños con dos hilos o hebras tipo “fiber force” o similar.

Sistemas de anclaje todo sutura fabricado en “fiber diferentes diámetros 1.4, 2,3, etc

Pin de anclaje proximal ó sistema de fijación suspensión, para túnel femoral, para fijación proximal de plastia.

Tornillos interferenciales reabsorbibles para fijación plastia.»

JOHNSON alega que el PPT hace referencia constantemente al sistema “fiber force” de la entidad STRYKER, determinando tamaños, medidas y diámetros coincidentes con el mismo, como “brocas para colocación de suturas” o “sistema de anclaje todo sutura fabricado en «fiber force» o similar en diferentes diámetros, 1,4 mm, 2,3 mm.” Considera que, pese a determinar el PPT que el



sistema debe ser “fiber force o similar”, luego concreta unas características que son coincidentes con el sistema de STRYKER y que, además, se han determinado medidas concretas que, de facto, restringen la concurrencia a un único operador económico, cuando las medidas deben ser de carácter aproximado cuando no son clínicamente relevantes, abriendo así la licitación a diferentes operadores económicos.

- El **lote 2** se denomina “Artroplastia de cadera”. De entre las características técnicas del lote descritas en el PPT, la recurrente centra su controversia en una de ellas: “*Cotilo hemisférico para fijación primaria mediante mecanismo de “press fit” no cementado en tritatum*”, añadiendo, a continuación, el PPT respecto a esta características técnica lo siguiente: “*Cotilo hemisférico para fijación primaria mediante mecanismo de “press fit” no cementado en tritatum (titanio puro altamente poroso) en diámetros de distintas medidas con opción para inserto cerámico/o similar.*”

La recurrente alega que esta prescripción técnica es restrictiva de la competencia al exigir “tritatum” que es una marca registrada de STRYKER, adjuntando folleto del producto “Tritanium-Primary-TQ”. Señala que JOHNSON dispone de un cotilo hemisférico para fijación mediante mecanismo “press fit” de titanio puro altamente poroso pero que no es de la marca registrada tritatum por lo que su producto, en estricta aplicación del PPT, tendría que ser excluido.

Asimismo, JOHNSON señala que el PPT prevé otras características técnicas que son exclusivas de los productos de STRYKER y que, en ausencia de justificación técnica, restringen la concurrencia en esta licitación. En concreto, menciona las siguientes:

- La aleación del vástago modular de revisión ha de ser de aleación de titanio ELI, que es exclusiva de STRYKER, cuando el resto de casas comerciales disponen de soluciones en aleación de titanio, pero no la



concretamente especificada en el pliego. Así, indica que JOHNSON dispone de la aleación en titanio TI-6AL-4V.

- “Vástago cementado ultra pulido. Vástagos pulidos con ángulo cérvico-diafisario de 125°”: aduce que esta angulación diafisaria restringe la concurrencia del resto de licitadores. Así, JOHNSON dispone del vástago “*cstem*” con 130 y “*corail*” cementada con 135.
- “El vástago ha de disponer de un centralizador distal ahuecado, de PMMA”: ello solo es necesario, a juicio de la recurrente, en la técnica quirúrgica del vástago de STRYKER y no para el resto de implantes de otras casas comerciales.

- El **lote 3** se denomina “Artroplastia de rodilla” y entre las características técnicas del componente femoral no cementado, el PPT señala “*Radio único constante en el perfil sagital entre 10-110°*” . La recurrente aduce que esta característica técnica es exclusiva de STRYKER y no supone una mejora técnica sobre el radio múltiple del resto de empresa, produciendo un obstáculo injustificado que impide la concurrencia.

- El **lote 4** se denomina “Sistema de osteosíntesis fracturas en el área de la cadera” y como características técnicas, el PPT establece, entre otras, las siguientes:

- “Clavo endomedular en titanio estándar de 180 mm de longitud y de 11 mm de diámetro para fractura en el área trocantérea del fémur, con grados diferentes de adaptación del tornillo cérvico diafisario desde 129 a 130° (...)
- Clavo endomedular en titanio de 11 mm de diámetro largo (en diferentes longitudes desde 280 hasta al menos 480 mm progresando de 20 en 20 mm) anatómico (derecho/izquierdo) para fracturas en el área subtrocantérea del fémur (...)

La recurrente alega lo siguiente:



- Que la medida de longitud 180 mm corresponde al clavo Gamma de STRYKER pues el resto de empresas proveedoras disponen de más longitudes cumpliendo así de modo más completo la indicación quirúrgica. A su juicio, tal limitación de medidas restringe la concurrencia.
- Que “*el clavo endomedular en titanio de 11 mm de diámetro largo (en diferentes longitudes desde 280 hasta al menos 480 mm progresando de 20 en 20 mm) anatómico (derecho/izquierdo) para fracturas en el área subtrocantérea del fémur y adaptado a tornillos cervicales de 120°, 125° y 130°*” alude a medidas y angulaciones que son del clavo GAMMA y que no se corresponden con las del resto de empresas.

Finalmente, JOHNSON esgrime que, si bien el PPT señala que “*Las características técnicas relacionadas deben entenderse como mínimas, por lo que se considerarán válidas las ofertas que igualen o superen las prestaciones indicadas. Las dimensiones anteriormente especificadas son aproximadas*”, luego no especifica cuáles son las medidas aceptadas al no prever un rango.

Alega, pues, que el órgano de contratación limita la concurrencia al determinar unas medidas concretas sin obedecer a una necesidad técnica, para posteriormente incumplir el principio de transparencia, creando una oscuridad insalvable en los pliegos con la utilización del término "aproximadas". A su juicio, la única manera de no restringir el acceso de los operadores económicos a la licitación es determinando un arco de medidas en las prescripciones técnicas y concluye que el órgano de contratación, en el ejercicio de su potestad discrecional, no puede exigir especificaciones que solo pueda cumplir una determinada empresa.

Frente a los alegatos del recurso, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso señalando que la exigencia de las características técnicas a las que alude la recurrente responden a una necesidad asistencial que el órgano de contratación debe satisfacer. Asimismo, para rebatir los argumentos en que se



fundamenta el recurso, adjunta informe técnico que, en síntesis, expone lo siguiente:

- En cuanto al **lote 1**, manifiesta que el vocablo “fiber force” solo es un término técnico que significa traducido del inglés “fibra fuerte” y que se refiere a un tipo de sutura caracterizada por una especial resistencia a las sollicitaciones mecánicas. Por tanto, solo se está exigiendo una fibra que cumpla con esta resistencia, ya sea “fiber force” u otra similar. Además, la recurrente no presenta evidencias de que “fiber force” figure como marca registrada por STRYKER.

Asimismo, respecto al alegato de que se han solicitado medidas concretas restringiéndose la competencia, el informe señala que el PPT menciona expresamente que las dimensiones especificadas son aproximadas y que no se está singularizando en un único operador económico la posibilidad de presentar oferta, pues se tiene conocimiento de que la propia recurrente cuenta con implantes y suturas que se adecuan a las características del PPT.

- Respecto al **lote 2**, el informe señala que, según la documentación aportada por la recurrente, la marca comercial de STRYKER corresponde a “Tritatium Primary” y no al término “tritatum” definido en la página 6 del PPT como titanio puro altamente poroso. Por tanto, el término no se establece como una marca comercial, sino como una característica del material.

Asimismo, en cuanto al titanio ELI, el informe técnico indica que no es una marca comercial registrada, sino que se corresponde con un tipo de aleación del titanio conocida como grado 23 ó 6Al4V-ELI y, que la experiencia sanitaria en los hospitales de la Agencia es que los implantes de cadera manufacturados con esta aleación han dado resultados satisfactorios de supervivencia del implante a más de 15 años por encima del 90%, si bien el PPT señala que las características técnicas relacionadas deben entenderse como mínimas, por lo que se consideran válidas las ofertas que las igualen o superen.



Por otro lado, en cuanto a la angulación diafisaria de 125°, el informe señala que se ha optado por un diseño que presenta una curva de supervivencia del 93% a más de 30 años, en beneficio para los pacientes, si bien la medida de 125° es aproximada por lo que se admiten otras similares.

Finalmente, se señala que el vástago en doble cuña no es exclusivo de STRYKER, pues otros fabricantes también lo tienen y que el centralizador es un elemento coadyuvante que minimiza la posibilidad de error por parte del cirujano a la hora de implante y ayuda a presurizar correctamente el manto de cemento.

En cuanto al alegato de la recurrente al **lote 3** relativo a que el diseño de radio único en prótesis de rodilla es exclusivo de STRYKER, el informe señala que existen diferentes diseños que influyen en la biomecánica de las prótesis de rodilla, habiéndose optado por un diseño clásico disponible en multitud de casas comerciales, incluida JOHNSON, de sobrada solvencia técnica y clínica.

Por lo que se refiere al alegato de la recurrente al **lote 4**, el informe técnico indica que las medidas establecidas son aproximadas y que en la práctica diaria los distintos fabricantes del sector producen materiales con medidas muy similares, por lo que en modo alguno quedaría excluida la propuesta técnica de JOHNSON. Se concluye, pues, que se aceptan sin salvedad todas las medidas que permitan el uso adecuado de la técnica descrita y que el establecimiento de un rango, como menciona JOHNSON, sí podría limitar la concurrencia.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de las cuestiones controvertidas. Los aspectos que deben abordarse en esta resolución son, básicamente, dos: de un lado, si determinadas características técnicas de los lotes en que se divide el objeto contractual restringen la concurrencia a un único operador económico (STRYKER) bien por existir marca registrada a su favor o porque la definición de la propia característica técnica es exclusiva del producto de dicha empresa, y de otro lado, si la referencia a unas medidas



concretas -pese a la previsión general en los pliegos de que se trata de medidas aproximadas- es contraria al principio de transparencia, debiendo haberse establecido un arco de medidas como único modo de no restringir el acceso de los operadores económicos a la licitación.

Respecto a la primera cuestión, hemos de partir de la doctrina sentada por este Tribunal en sus resoluciones (v.g. Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre y 203/2017, de 13 de octubre). En esta última se indica que “(...) *hemos de partir de la premisa de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor 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*”.

En el mismo sentido, la Resolución 823/2017, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales manifiesta lo siguiente: «*Sobre la disconformidad con los requisitos, especificaciones y características técnicas detalladas en la cláusula tercera del PPT, hemos de principiar señalando que este Tribunal, en su Resolución 688/2015, señaló que:*

“La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”



En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación».

Asimismo, la Resolución 244/2016, de 8 de abril, del citado Tribunal reitera que «(...) el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él».

Recientemente, se pronuncia en términos parecidos, la Sentencia del Tribunal general de la Unión Europea, de 10 noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato. Ciertamente, la sentencia analiza si unos concretos criterios de solvencia establecidos por la entidad contratante pudieran ser excesivos y restringir artificialmente la concurrencia, pero su doctrina cabe entenderla aplicable igualmente a las prescripciones técnicas de los pliegos. De este modo, concluye el Tribunal que, si bien los criterios de selección comportan exigencias muy elevadas, constituyen medio adecuado y necesario para la realización del objetivo perseguido por la entidad contratante y están objetivamente



justificados, no habiendo tenido por objeto favorecer a determinados licitadores.

En el supuesto analizado y por lo que se refiere a las características técnicas a que alude la recurrente, este Tribunal no dispone de datos objetivos para estimar que solo exista un licitador capaz de cumplirlas, ni JOHNSON ha demostrado que aquellas prescripciones se correspondan con las de un producto determinado con exclusión de otros; es más, examinado el listado de licitadores aportado por el órgano de contratación, nos encontramos con que existe concurrencia, habiéndose presentado cuatro ofertas al procedimiento. Así pues, puede concluirse lo siguiente:

- No hay evidencia fehaciente de que el sistema “*fiber force*” (lote 1) sea exclusivo de STRYKER, señalando el informe al recurso que se trata de un término técnico cuyo significado es “fibra fuerte” en su traducción al español y va referido a un tipo de sutura de especial resistencia. Además, a mayor abundamiento, se comprueba que, cada vez que aparece en el PPT la expresión “*fiber force*”, el término va acompañado de la mención “o similar”, en línea con lo estipulado en el artículo 117.8 del TRLCSP cuando se refiere a los requisitos excepcionales que deben concurrir para autorizar la utilización de una marca o patente. Todo ello impide apreciar que haya una restricción injustificada de la concurrencia.

- Tampoco existe evidencia de que el término “*tritatum*” (lote 2) constituya una marca registrada por STRYKER. Según la documentación que adjunta la recurrente, el sistema de STRYKER se denomina “*Tritanium Primary*”, mientras que el PPT solo alude al término “*tritatum*” que además define como titanio puro altamente poroso. Por tanto, no hay razones objetivas para estimar que la expresión utilizada en el pliego haga referencia a una marca y sí por el contrario a una característica del material.



- Respecto a la aleación de titanio ELI (lote 2), tampoco se aportan datos objetivos que permitan concluir que se trata de una marca comercial registrada. Es un tipo de aleación de titanio cuya inclusión en el PPT aparece justificada en el informe técnico al recurso y que no impide, como señala el citado informe, que se puedan ofertar otras que la igualen o superen. En tal sentido, el pliego dispone que *“Las características técnicas relacionadas deben entenderse como mínimas, por lo que se considerarán válidas las ofertas que igualen o superen las prestaciones indicadas”*.

- En cuanto a la característica del lote 2 relativa a que el vástago disponga de un centralizador distal ahuecado de PMMA que, según la recurrente, solo es necesario en la técnica quirúrgica del vástago de STRYKER, tampoco hay datos objetivos que permitan confirmar este extremo. Según señala el informe técnico al recurso, el vástago en doble cuña lo tienen otros fabricantes.

- Tampoco queda acreditado que el diseño de radio único en prótesis de rodilla sea exclusivo de STRYKER como alega la recurrente, señalando por contra el informe al recurso que este diseño clásico está disponible en multitud de casas comerciales.

A la vista de lo expuesto, no puede estimarse el alegato de la recurrente de que las características técnicas señaladas restrinjan la concurrencia a un único licitador.

SÉPTIMO. El otro motivo esgrimido por JOHNSON afecta a ciertas características técnicas de los bienes -fundamentalmente del lote 4- donde se exigen unas medidas determinadas en los bienes. La recurrente aduce que el órgano de contratación limita la concurrencia al señalar unas medidas concretas sin obedecer a una necesidad técnica, para posteriormente incumplir el principio de transparencia, creando una oscuridad insalvable en los pliegos con la utilización del término "aproximadas". A su juicio, la única manera de no restringir el acceso de los operadores económicos a la licitación es



determinando un arco de medidas en las prescripciones técnicas. No obstante, el informe técnico al recurso se opone a tal alegato sobre la base de que, conforme al PPT, se admiten medidas aproximadas a las señaladas, lo que significa que se aceptan, sin salvedad, todas aquellas que permitan el uso adecuado de la técnica descrita, siendo esto menos limitativo de la concurrencia que el establecimiento de un arco de medidas.

Al respecto, procede indicar que el PPT -particularmente en el lote 4- define las características técnicas de algunos bienes con medidas precisas de longitud o diámetro o bien haciendo referencia a ángulos concretos, y si bien el propio pliego señala con posterioridad que dichas dimensiones son aproximadas, lo cierto es que el concepto “aproximado” es un término claramente indeterminado que deja un amplio margen de apreciación al órgano de contratación para concretar, durante la fase de valoración de las ofertas, si una medida distinta a la especificada en el pliego resulta admisible o no, con clara quiebra del principio de igualdad de trato consagrado en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, y ello porque los licitadores no conocerán con claridad a la hora de formular sus ofertas si estas reúnen los requisitos necesarios para ser admitidas y valoradas, quedando relegada tal concreción al momento de valoración de las mismas durante el proceso de adjudicación.

Como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016 (asunto C-6/2015), aludiendo a su vez a la Sentencia, de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio y otros, *“(...) el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia implican, en particular, que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que estas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora(...)*

Por ello, el Tribunal de Justicia ha declarado que el objeto y los criterios de adjudicación deben estar claramente definidos desde el inicio del procedimiento de adjudicación(...)”.



Así las cosas, en el supuesto examinado, el hecho de fijar unas medidas específicas en el PPT para luego señalar que las mismas son aproximadas no resulta adecuado a los principios expuestos y por más que el informe técnico al recurso señale que los distintos fabricantes del sector producen materiales con medidas similares, ello no es garantía de que todos los potenciales licitadores que pudieran presentar ofertas con medidas diferentes a las previstas en el pliego vayan a ser admitidos, pues tal decisión será fruto de una apreciación posterior que aquellos desconocen ab initio. La indefinición del término “aproximadas” es, pues, incompatible con la igualdad y la transparencia que debe regir en los procedimientos de licitación, favoreciendo al empresario o empresarios cuyos productos se ajusten a las concretas medidas del PPT.

Como señala la Resolución 160/2017, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, al abordar una cuestión similar a la aquí planteada, *“la única manera de no restringir el acceso de los operadores económicos al presente procedimiento de compra respecto de la concreta prescripción técnica es determinar un arco de medidas que sean las aceptadas y la manera de proceder a la medición, puesto que tanto en el caso actual de determinar las medidas añadiendo el término “aproximadamente”, como determinar unas medidas concretas, producen una vulneración de los principios rectores de la contratación pública. En el caso de determinar medidas concretas, posiblemente únicamente un operador económico podría cumplir con la referida prescripción técnica. En el caso de mantener un concepto indeterminado como es el valor de aproximación a las medidas indicadas que se permitirá para admitir las ofertas, la inseguridad de los licitadores a la hora de formular sus ofertas es absoluta y contraria al principio de transparencia, pues desconocen si su producto será o no admitido y el rango de discrecionalidad del órgano encargado de la valoración técnica excesivo, vulnerando el principio de igualdad de trato, pues permite admitir o excluir ofertas una vez conocidos los rangos de las presentadas sin un criterio preestablecido que permita controlar su objetividad”*.



Procede, pues, estimar el recurso respecto a este alegato, lo que conduce a anular el PPT en cuanto a la mención de que las dimensiones especificadas son aproximadas sin concretar el rango de desviación admisible.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato denominado “Suministro de prótesis e implantes para las Unidades de traumatología de los Hospitales de alta Resolución dependientes de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir”, promovido por la citada Agencia Pública Empresarial (Expte. 2017/PA-42-12345) y, en consecuencia, anular el acto impugnado, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado para que se proceda en los términos señalados en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordado por este Tribunal en Resolución de 26 de octubre de 2017.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

