



EB 2015/090

Resolución 109/2015, de 15 de octubre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas rectores del acuerdo marco para el “suministro de equipos de infusión para bombas volumétricas, de jeringa y cesión de bombas –Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces-“.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 28 de julio de 2015 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas rectores del acuerdo marco para el suministro de equipos de infusión para bombas volumétricas, de jeringa y cesión de bombas –Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces-.

SEGUNDO: El recurso junto con el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP) causó asiento de presentación en el libro de entradas del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 30 de julio de 2015.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente así como la representación de Doña M. A.L. que comparece en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada. El contrato cuya adjudicación se recurre tiene un valor estimado de 2.590.685,96 €, por lo que queda sujeto a los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.» El acto objeto de recurso el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) que rige el contrato.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Falta de determinación de los criterios evaluables mediante juicios de valor. El cuadro de criterios se limita a establecer una baremación de puntos según el producto ofertado sea técnicamente de calidad “No válida”, “No suficiente”, “Adecuada” o “Excelente” pero sin referir los criterios que van a ser objeto de dicha evaluación.

b) El PPT no puede contener aspectos que necesariamente deban ser consignados en el PCAP, como los criterios para la adjudicación del concurso.



c) Falta de claridad en los PPT. El cuadro de características “mínimas y excluyentes” de los equipos introduce una incoherencia al “recomendar” que el formato de presentación sea en cajas de 100 unidades. Surge, así, la duda de si un formato diferente supone la exclusión o si el término “recomendado” prevalece sobre el título del cuadro. Surge también la duda de si dicha presentación puede ser considerado como un criterio a valorar.

d) La configuración de características “mínimas y excluyentes” correspondiente a los lotes 1.1, 1.2 y 1.3 resulta restrictiva para la libre concurrencia de licitadores pues el PPT exige entre las características mínimas y excluyentes para las alargaderas de jeringa que el “sistema específico/sensor a la máquina correspondiente”, cuando dicha cualidad se encuentra únicamente disponible por parte de un solo fabricante (Carefusión Iberia 308, S.L.) por lo que su admisión limita arbitrariamente la concurrencia de otros licitadores.

SÉPTIMO: El poder adjudicador en su informe rebate al recurrente con los siguientes argumentos:

a) El punto 30 de la carátula define claramente los criterios de adjudicación y su ponderación. Además, establece respecto al criterio “calidad técnica” una parametrización de las puntuaciones en cuatro tramos: 0 puntos para ofertas no válidas, de 1 a 14 puntos para ofertas de calidad insuficiente, de 15 a 25 puntos para la calidad adecuada y de 26 a 30 puntos para ofertas de calidad excelente.

b) La finalidad del PPT es describir de la forma más detallada posible qué es lo que la Administración quiere adquirir y, para ello, para cada lote, se indican no sólo las características mínimas y exigibles sino también los usos a los que se va a destinar el producto. El simple uso del verbo “recomendar” expresa una preferencia y no una exigencia de un número exacto de unidades por envase.



c) La finalidad de la alargadera no es la medición de la presión como afirma la recurrente. Su finalidad es la de conectar e identificar la bomba de infusión con el equipo técnico de infusión que se va a aplicar al paciente y lo que se pretende al exigir un “sistema específico/sensor a la máquina” es que la bomba, el equipo y la alargadera que los une sean de la misma marca o específicos para la bomba ofertada, descartando, por motivos de seguridad, la utilización de materiales “compatibles”. El recurrente no acredita ni prueba que esta característica técnica tan sólo pueda ser cumplida por un único fabricante o casa comercial.

OCTAVO: La primera de las cláusulas impugnadas se refiere al criterio de adjudicación que figura descrito en el punto 30.2.b) de la carátula del PCAP de la siguiente forma:

«30. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

(...)

3.2. Existe una pluralidad de criterios de valoración de las ofertas (si/no): SI

(...)

b) –Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (si/no):

RELACIÓN CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	NÚMERO PUNTOS	UMBRAL MÍNIMO
CALIDAD TÉCNICA , con la siguiente ponderación: - 0 puntos: Ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente, no presentación de muestras o el producto ofertado es diferente al solicitado o no válido. - De 1 a 14 puntos: Productos técnicamente válidos pero de una calidad no suficiente. - De 15 a 25 puntos: Productos técnicamente válidos de una calidad adecuada. - De 26 a 30 puntos: Productos u ofertas preferentes de calidad excelente.	30	15

El criterio de adjudicación “calidad técnica” también figura en la cláusula 6.b) del PPT descrito de la siguiente forma:

«6.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

(...)

b) –Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (si/no):



RELACIÓN CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	NÚMERO PUNTOS	UMBRAL MÍNIMO
CALIDAD TÉCNICA,	30	15

La diferencia entre ambas cláusulas estriba en que el PCAP describe cómo se ponderará el criterio de adjudicación pero ninguna de ambas cláusulas desarrolla lo que se entiende por “calidad técnica”. Este Órgano Resolutorio en repetidas ocasiones ha manifestado la incorrecta técnica de describir los criterios de adjudicación en el PPT (Resolución 98/2013). Este mismo reproche merece el especificar los criterios de adjudicación tanto en el PCAP como en el PPT por el riesgo que entraña que la redacción en ambos documentos no sea coincidente. A este respecto, debe recordarse que el artículo 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, sobre los pliegos de prescripciones técnicas dispone que «En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.» Pues bien, no cabe duda de que los datos sobre los criterios de valoración de las ofertas forman parte del PCAP porque así lo ordenan el artículo 150.2 del TRLCSP y el artículo 67.2 i) del citado Real Decreto.

En lo que respecta al criterio de adjudicación “calidad técnica”, este OARC / KEAO no es la primera vez que se ha pronunciado sobre este mismo criterio de adjudicación. Así, en la Resolución 61/2015 manifiesta lo siguiente al respecto:

«En primer lugar, llama la atención la escueta descripción del criterio –simplemente, “Calidad técnica”–, a todas luces insuficiente para que los licitadores puedan elaborar su proposición sabiendo de antemano cuáles son los aspectos que van a ser merecedores de una mayor puntuación; de hecho, con esos términos tan amplios puede ampararse prácticamente cualquier apreciación sobre el producto ofertado distinta del precio, como lo demuestra el informe de valoración, que se refiere a aspectos tan heterogéneos como la sencillez de manejo, el volumen de la alarma o la conexión con sistemas informáticos. Debe recordarse que los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma



arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2002, asunto C-513/99), y la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO). El criterio debatido está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por otro, que sea imposible para este Órgano controlar la discrecionalidad técnica de la Administración por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio. La situación es especialmente relevante en este caso porque no se trata de juzgar un producto técnicamente sencillo y porque la baja puntuación otorgada al recurrente ha tenido la grave consecuencia de la eliminación del procedimiento y la no valoración de su proposición a la luz de los demás criterios de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.4 TRLCSP. (...)»

El criterio impugnado en el recurso objeto de esta Resolución es exactamente igual al que se refiere la Resolución transcrita por lo que le son aplicables los mismos reproches, esto es, infracción del principio de transparencia derivado de la total indefinición del criterio de adjudicación y del principio de igualdad de trato, que se opone a que la licitación pueda regirse por estipulaciones que posibilitan la actuación arbitraria del poder adjudicador, por lo que ha de darse la razón en este punto y declarar la nulidad del criterio de adjudicación “calidad técnica”.

NOVENO: Se denuncia falta de claridad del PPT pues en el cuadro de características “mínimas y excluyentes” de los equipos introduce una incoherencia al “recomendar” que el formato de presentación sea en cajas de 100 unidades.

La metodología que utiliza el PPT para determinar las especificaciones técnicas es la siguiente: por cada lote figura un cuadro con dos columnas, la segunda titulada como “Características mínimas y excluyentes” y que incluye tres líneas, la primera, especifica las prescripciones propias del producto, la segunda, la descripción de los usos y la tercera, la descripción de la presentación en la que se indica “recomendado en cajas de 100 unidades”. Es evidente que la cualidad de “Características mínimas y excluyentes” se refiere a todas las prescripciones técnicas descritas en dicha columna y que entre ellas se



encuentra la forma de presentación, lo cual lleva a la conclusión de que existe una contradicción que afecta a la forma de efectuar la oferta y la admisión o no de la oferta, razones por las cuales es contraria al principio de transparencia y debe ser corregida.

DÉCIMO: Resta por último analizar si la especificación contenida en el cuadro de características técnicas del lotes 1.1, 1.2 y 1.3 de que la alargadera “con sistema específico/sensor a la máquina correspondiente” es restrictiva para la libre concurrencia de licitadores porque solo puede ser ofertada por un único fabricante.

El artículo 117.2 TRLCSP establece que «las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.» La Resolución 116/2014 del OARC / KEAO señalaba que «de este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.»

El informe el poder adjudicador viene a decir que «(...) lo que se pretende al exigir un “sistema específico/sensor a la máquina” es que la bomba, el equipo y la alargadera que los une y permite la identificación entre ambos sean de la misma marca o específicos para la bomba ofertada, descartando, por motivos de seguridad, ya que esos equipos se van a aplicar a pacientes pediátricos o neonatos extremadamente sensibles, la utilización de materiales “compatibles”».



Realizada una consulta a la Escuela Universitaria de Enfermería de Vitoria-Gasteiz, sobre la utilidad de la alargadera y en qué casos están indicadas manifiestan que «Estas alargaderas (tubos estrechos que se conectan al sistema por el que se perfunde el suero o medicamentos) llevan incorporado un soporte que permite conectarlas a las bombas de perfusión, que a su vez, tienen incorporados un transductor (aparatos electrónicos que miden presiones de líquido). Por ejemplo puede detectar la presión que existe en la vena del paciente.

Controlar la presión de la vena es importante para detectar de forma precoz posibles complicaciones:

- Extravasación (Perfusión del medicamento fuera de la vena)
- Acodamiento del sistema de perfusión.

Una de las razones por las que la presión puede cambiar es por rotura de la vena, con ello, la medicación puede extravasarse con las complicaciones que esto originaría en el paciente. También cambia la presión si el sistema de suero se acoda y no deja pasar la medicación.

Las medicaciones que vienen preparadas para ser administradas por vena, pueden irritar mucho los tejidos que rodean a las venas cuando se extravasan. Además hay que tener en cuenta que hay medicamentos con un efecto inmediato sobre la situación de los pacientes. Es decir, un paciente puede mantenerse estable gracias a unos determinados fármacos. Si la vena se rompe y el medicamento sale al compartimento extravascular, no hace el efecto deseado por lo que puede originar una descompensación en su situación hemodinámica con graves repercusiones. Lo mismo ocurre si el sistema se acoda y no deja pasar el fármaco.

¿Cómo detectan las enfermeras que una vía puede estar extravasada de forma precoz, antes incluso de que se haya podido ver la zona de la vena inflamada o cómo detectar una obstrucción en el sistema?

Lo que hacen es programar en la bomba una presión de seguridad, que la calculan en función de la presión que se detecta gracias al transductor que lleva la bomba. Programan en la bomba unos límites a esa presión, de forma que en cuanto se altera



la integridad de la vena, o se acoda el sistema la presión se modifica y salta la alarma de presión. Así las enfermeras lo detectan rápidamente

¿En qué tipo de casos utilizan estas alargaderas con sensor?:

-En pacientes pediátricos, cuando van a administrar nutrición parenteral, lípidos, o fármacos cuya dosis deba ser muy precisa.

-También para administrar fármacos muy irritantes para las venas de cualquier paciente.

Todas estas recomendaciones se maximizan para pacientes pediátricos, en los que la limitación de su capital venoso, debido al pequeño calibre de sus venas, obliga a extremar las precauciones de administración.»

De lo señalado se concluye que el establecimiento de esta funcionalidad en el PBT no responde a criterios arbitrarios y que su exigencia obedece a una finalidad justificada.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas rectores del acuerdo marco para el “suministro de equipos de infusión para bombas volumétricas, de jeringa y cesión de bombas –Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, en los términos expresados en los Fundamentos de Derecho Octavo y Noveno de esta resolución.



SEGUNDO: 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.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko urriaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de octubre de 2015