



**EB 2018/161**

**Resolución 009/2019, de 15 de enero, de la 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 la empresa ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. contra la exclusión de su oferta del contrato de “Suministro de material fungible y equipamiento necesarios para bombas de infusión intravenosa y nutrición (Lote 2)”, tramitado por Osakidetza.**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 7 de noviembre de 2018, la empresa ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. (en adelante, ICU), interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación pública contra la exclusión de su oferta del contrato de “Suministro de material fungible y equipamiento necesarios para bombas de infusión intravenosa y nutrición (Lote 2)”, tramitado por Osakidetza.

**SEGUNDO:** El mismo día 7 de noviembre se solicitó al poder adjudicador que remitiera el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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 (en adelante, LCSP); dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO entre los días 9 y 13 de noviembre de 2018.



**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 13 de noviembre se han recibido las alegaciones de la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. (en adelante, B BRAUN) el día 20 de noviembre de 2018.

**CUARTO:** Mediante la Resolución B-BN 35/2018, de 26 de noviembre del OARC/KEAO, se ha acordado suspender de forma cautelar el procedimiento de adjudicación.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legislación aplicable**

Por lo que se refiere a la normativa aplicable al caso, se observa lo siguiente:

#### a) Legislación sustantiva

De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó con anterioridad a dicha fecha, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

#### b) Legislación procedimental

No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el



artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor. El acto impugnado, la exclusión de la oferta de la licitadora del procedimiento de adjudicación, se adoptó por la Mesa de contratación el día 18 de octubre de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

**SEGUNDO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.A.R.M que actúa en su nombre.

**TERCERO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

**CUARTO: Impugnabilidad del acto**

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son impugnables los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la exclusión de ofertas.

**QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**SEXTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



## **SÉPTIMO: Argumentos del recurso**

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

- a) El modelo de bomba ofertado por ICU (modelo Plum 360) cumple perfectamente con los requisitos del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) y, en particular, el requisito de la compatibilidad con Oncobide, única compatibilidad exigida en el PPT, como resulta de la demostración *in situ* realizada el 27 de septiembre de 2018 en el Hospital de Txagorritxu a solicitud del Órgano de contratación, y de la documentación técnica que se acompaña al recurso. En todo caso, la bomba ofertada también es plenamente compatible con los sistemas Oncofarm y Osabide Global.
  
- b) Falta de motivación y arbitrariedad en la valoración de la oferta de B. BRAUN, ya que se valora su oferta con la máxima puntuación en lo concerniente a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor por el mero cumplimiento de las prescripciones mínimas exigidas, cuando el cumplimiento de éstas es obligatorio y no valorable. Esta valoración inmotivada y arbitraria es contraria a los principios de la contratación pública, lo que obliga a una retroacción del procedimiento de adjudicación.
  
- c) Subsidiariamente, se solicita la anulación del procedimiento ya que los criterios de adjudicación no establecen la ponderación de cada uno de los subcriterios en los que se desglosan los dos criterios secundarios de adjudicación valorables mediante juicios de valor.
  
- d) La pretensión principal es la retroacción de actuaciones para que el Órgano de contratación lleve a cabo una nueva valoración de las ofertas considerando que la oferta de ICUMED cumple con los requisitos exigibles y, subsidiariamente, dada la irregularidad de la que adolecen los criterios de valoración sujetos a juicios de valor, que se declare la nulidad de todo lo actuado.



## **OCTAVO: Alegaciones de B. BRAUN**

B. BRAUN, empresa propuesta como adjudicataria del lote 2 impugnado efectúa las siguientes alegaciones:

a) La bomba presentada por ICU no es compatible con el sistema de gestión clínica de tratamiento oncológico y la prueba es que en la demostración realizada no demuestra su conectividad. ICU manifiesta un desconocimiento claro de lo solicitado en el PPT en relación con la conectividad y que Osakidetza cuenta con una solución corporativa integrada de la gestión de la medicación para la oncología en todos sus centros; proyecto al que se denomina Oncobide y que, en realidad, es Oncofarm por ser éste el programa informático en el que recayó la adjudicación del contrato promovido a tal efecto por Osakidetza. Por esta razón, el argumento de ICU afirmando que se conecta con Oncobide pero no con Oncofarm carece de fundamento alguno.

b) ICU aporta literatura genérica que no tiene relación con las soluciones informáticas solicitadas y queda claro en la demostración realizada in situ que únicamente se produjo la conectividad al punto de acceso, admitiendo que hubo pérdida de paquetes de datos, aunque no “significativos”. Asimismo, afirman que son líderes en compatibilidad pero no aportan justificación alguna de que sus bombas estén conectadas a programas “similares” en el territorio español.

c) No procede la retroacción de actuaciones a fin de volver a practicar una nueva valoración técnica de las ofertas, pues la proposición económica de B.BRAUN se ha abierto y leído en acto público.

d) No se pueden impugnar los criterios de adjudicación, pues éstos han sido aceptados por la recurrente al participar en el procedimiento de adjudicación. De todos modos resulta sorprendente y contradictorio con su pretensión de nulidad de los criterios de adjudicación que utilice el argumento de que, de no ser excluidos, hubieran sido los adjudicatarios.



## **NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador entiende que el recurso debe desestimarse por los motivos que a continuación se resumen:

- a) Oncobide es un programa de prescripción para medicamentos oncológicos que pretende integrar la historia clínica en la informática, siendo la plataforma informática utilizada a tal efecto en todas las organizaciones de Osakidetza Farmis Oncoform, por ser la adjudicataria del contrato que en su día se licitó a tal efecto. Consecuentemente, los suministros ofertados deben ser compatibles con este sistema. Con su recurso ICU pretende imponer su software sobre el adjudicado en su día.
  
- b) Cuando se comprobó que la solución ofertada por ICU no era compatible con Oncobide, se acordó verbalmente a solicitud de ICU y al margen de este contrato, que la OSI Álava colaboraría para ajustar la compatibilidad del producto para posteriores expedientes y es en este contexto en el que se realizó la prueba del 27 de septiembre que, además, era la primera de las tres pruebas programadas. En todo caso, esta prueba no valida la compatibilidad de la solución ofertada sino que, únicamente, acredita la conectividad de la bomba ICU a la red *wifi* de Txagorritxu.
  
- c) Los servicios técnicos que han comprobado la compatibilidad de los suministros ofertados por BRAUN, las características de su fungible y de su equipamiento se ratifican en su puntuación.

## **DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

Son tres las cuestiones planteadas en el recurso. La primera versa sobre el ajuste de la oferta efectuada a las prescripciones técnicas, la segunda sobre la arbitrariedad de la motivación de la adjudicación y la tercera sobre la legalidad de los criterios de valoración. El análisis del recurso comenzará por el primero de ellos.



a) El ajuste de la oferta de ICU a las prescripciones técnicas exigidas

El PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato (ver, por todas, la Resolución 93/2015) y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador (Resolución 120/2016). En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa el PPT no fue impugnado en tiempo y forma, lo cual significa que debe atenderse a lo especificado en él (ver, en este sentido, entre otras, las Resoluciones 119/2013, 117/2014 y 12/2016 de este OARC/KEAO). Consecuentemente, las ofertas que no cumplan con las prescripciones solicitadas no satisfacen el interés del poder adjudicador, por lo que deben ser descartadas.

En el contrato que nos ocupa, el PPT en su Anexo II Especificaciones técnicas de las bombas, en el epígrafe denominado Requisitos, especifica, en lo que al recurso especial que nos ocupa interesa, lo siguiente:

Conectividad:

Integración de los datos con el sistema de gestión clínica.

Las bombas deberán ser compatibles con el sistema de gestión clínica de tratamientos oncológico (actualmente Oncobide).

El recurrente afirma que el modelo de bomba ofertado (modelo Plum 360) cumple con los requisitos del PPT y, en particular, el requisito de la compatibilidad con Oncobide, que según afirma es la única compatibilidad exigida en el PPT, y que todo ello resulta probado en la demostración *in situ* realizada el 27 de septiembre de 2018 en el Hospital de Txagorritxu a solicitud del Órgano de contratación.



La oferta de la recurrente fue excluida del Lote 2 por no cumplir los requisitos mínimos. En concreto, en el informe técnico de valoración que consta en el expediente remitido, en lo que respecta al criterio de adjudicación Características de las bombas se especifica que la ofertada por ICU MED

Actualmente no es compatible con el sistema de gestión clínica Oncobide. No cumple requisitos mínimos. El programa que ofrece, tras las pruebas realizadas, no enlaza con el programa de prescripción de Oncofarm en el momento de hacer las pruebas ni con Osabide Global para su volcado en la Historia Clínica.

El informe de valoración resulta claro al afirmar que los bienes ofertados son incompatibles con Oncobide. El PPT exige la compatibilidad del bien ofertado con el sistema de gestión clínica de tratamientos oncológicos y esta es, precisamente, la razón de su exclusión. A tal efecto, es irrelevante que la denominación que se dé sea la del proyecto (Oncobide) o la del programa informático seleccionado por el poder adjudicador para llevarlo a efecto (Oncofram), pues ambos son lo mismo.

En este sentido, se constata, tanto en el informe de oposición al recurso aportado por el poder adjudicador como en las comunicaciones internas documentadas en el expediente remitido, que la demostración *in situ* realizada el 27 de septiembre de 2018 en el Hospital de Txagorritxu lo fue con una finalidad diferente a la del expediente de contratación y al margen del procedimiento de adjudicación. En concreto, se trataba de la primera de tres pruebas programadas en las que se pretendía ajustar la compatibilidad del producto de ICU a Oncobide para posteriores expedientes de contratación, y en cuyo desarrollo únicamente se probó la conexión a la *wifi* del Hospital de Txagorritxu.

Tampoco se desprende una conclusión diferente de los informes técnicos aportados por la recurrente como prueba de la compatibilidad de sus



productos. Todos ellos son documentos genéricos que no acreditan la concreta compatibilidad con Oncobide.

Consecuentemente este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

b) Sobre la arbitrariedad de la adjudicación

Se alega que la adjudicación es arbitraria porque se ha valorado la oferta de la adjudicataria con la máxima de las puntuaciones sin motivación alguna, por el hecho de cumplir con las prescripciones técnicas del PPT. Este argumento ha de ser descartado. La función de los criterios de adjudicación es comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, lo que los diferencia de los criterios de solvencia, que sirven para establecer si el licitador cumple o no los requisitos mínimos de capacidad económica, financiera y técnica que le permitirían ejecutar adecuadamente el contrato, o de la determinación de cumplimiento de las prescripciones técnicas, que se produce igualmente tras una evaluación de la oferta en relación con el PPT (ver, en este sentido, la Resolución 20/2018 del OARC/KEAO) En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, tras la exclusión de la recurrente por no cumplir con las prescripciones técnicas establecidas, únicamente permanece en el procedimiento de adjudicación la oferta de la empresa B.BRAUN; no existiendo ninguna otra oferta con la que realizar una comparación de lo ofertado resulta del todo irrelevante la puntuación que le haya asignado el órgano de contratación por cada uno de los criterios de adjudicación.

c) Sobre la pretensión de que se declare la nulidad de los pliegos por no expresar la ponderación relativa de cada subcriterio

Se plantea un “recurso indirecto” contra los pliegos de la licitación basado en el argumento de que los criterios de adjudicación son nulos de pleno derecho por no haber establecido la ponderación relativa de cada uno de los criterios secundarios de adjudicación.



Esta alegación no puede prosperar. Para que ello sea así se requiere que concurra en la cláusula afectada un vicio de nulidad de pleno derecho que permita al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO); vicio que no concurre en el supuesto analizado, ya que es posible determinar tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas coeficientes de ponderación no previstos en el pliego de condiciones y que no han sido comunicados previamente a los licitadores bajo tres condiciones: (i) que esa determinación ex post no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, (ii), no contenga elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación y (iii) no se haya adoptado teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (ver, en este sentido, STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartado 26). En el supuesto que nos ocupa, la falta de ponderación relativa de los criterios secundarios es, además, irrelevante, ya que la de B. BRAUN es la única oferta admisible de acuerdo con las prescripciones técnicas sin que permanezca ninguna otra oferta en el procedimiento de contratación con la que compararse y, según se desprende del informe de valoración, satisface los criterios de adjudicación.

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 de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:



## RESUELVE

**PRIMERO:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. contra la exclusión de su oferta del contrato de “Suministro de material fungible y equipamiento necesarios para bombas de infusión intravenosa y nutrición (Lote 2)”, tramitado por Osakidetza.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

**CUARTO:** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en el recurso.

**QUINTO:** 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 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2019ko urtarrilaren 15a**

Vitoria-Gasteiz, 15 de enero de 2019