



EB 2018/032

Resolución 074/2018, de 8 de junio de 2018, 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 BECTON DICKINSON, S.A. contra los pliegos del contrato de “Suministro de material fungible y equipamiento necesarios para bombas de infusión endovenosa y nutrición (Lotes 1 y 2)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de marzo de 2018, la empresa BECTON DICKINSON, S.A., (en adelante, BECTON), interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato de “Suministro de material fungible y equipamiento necesarios para bombas de infusión endovenosa y nutrición”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo 23 de marzo se solicitaron al poder adjudicador 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). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO el día 27 de marzo.

TERCERO: Por Resolución B-BN 04/2018, de 3 de abril de 2018, este OARC/KEAO acordó suspender el procedimiento de adjudicación del contrato que, de conformidad con lo establecido en el art. 43.4 del TRLCSP no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados



CUARTA: No constan interesados diferentes al recurrente y al poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D. R. I. B. para actuar en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El objeto del recurso son los pliegos que rigen la licitación, que es un acto impugnabile según el artículo 40.2 a) del TRLCSP.

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, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: En síntesis, el recurso alega lo siguiente:

a) Indebida división del objeto del contrato del lote 1. El agrupamiento de dos tipos de bombas bien distintas como las volumétricas y las de jeringa no tiene sentido en hospitalización y se impide la presentación de oferta a licitadores que dispongan únicamente de las primeras. No hay ninguna relación técnica que haga dependientes las diferentes soluciones entre sí, no existiendo, por tanto, justificación técnica u organizativa que obligue o aconseje adquirir todas las soluciones al mismo operador económico. La salvaguarda de los principios básicos rectores exige que se posibilite la licitación de forma independiente, lo que significaría dividir el lote 1 en tres lotes diferenciando las bombas de hospitalización, las de críticos y las de anestesia, que es el criterio utilizado por Osakidetza hasta la fecha. Además, la inexistencia de informe justificativo que



motive la no división del contrato en lotes es un supuesto de anulabilidad del expediente de contratación.

b) Configuración restrictiva de los lotes 1 y 2 en el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT). En concreto:

- Lote 1: Se recurren las siguientes prescripciones:
 - Programación TCI en bombas volumétricas y de jeringa de Anestesia. Limita la concurrencia a las otras bombas del hospital y sólo hay en el mercado dos empresas que dispongan de bombas volumétricas con esta característica, B. BRAUN MEDICAL, S.A. y ARCOMED, AG, si bien esta última no cumple con el rango de flujo solicitado. El resto de las empresas disponen de esta característica únicamente en las bombas de jeringa.
 - Mecanismo antirreflujo libre. No especifica si se solicita sólo para bombas volumétricas o también de jeringa. B. BRAUN MEDICAL, S.A. es la única que los comercializa.
 - Cámara con sistema antidespurgado y tapón antigoteo. Es una prescripción exclusiva de la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. Las bombas ya tienen sus propios sistemas y alarmas para evitar el despurgado y evitar que el aire pueda llegar al paciente.
 - Cuando se solicita incrementos centesimales del flujo de infusión (aumento del ritmo de flujo en 0,01 ml/h) en bombas de jeringa se especifica el tipo de bomba, pero se requiere de sensor de goteo y aire en línea y estas características sólo las cumplen las bombas volumétricas. Se solicita cámara de goteo con filtro hidrofóbico de 15 micras para los lotes 1.1 a 1.4 y de 200 micras para el lote 1.5, cuando nunca pueden ser hidrofóbicos porque no dejarían pasar el líquido.
- Lote 2: se recurren las siguientes prescripciones:



- Cámara con sistemas antiespurgado y tapón antigoteo. Es una prescripción exclusiva de la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. Las bombas ya tienen sus propios sistemas y alarmas para evitar el despurgado y evitar que el aire pueda llegar al paciente.
- Presentaciones de mínimo 3 y 5 conexiones Luer-lock con válvula antirreflujo. Es una prescripción exclusiva de la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. ya que el resto de las empresas tienen las válvulas antirreflujo en las alargaderas. El solicitarlo en el sistema, limita la concurrencia a una única empresa.

c) La pretensión del recurso consiste en la nulidad de las cláusulas impugnadas y subsidiariamente su anulación.

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Existen razones técnicas y organizativas que aconsejan la inclusión en un solo lote de bombas volumétricas y de jeringa que tienen su fundamento en la seguridad del paciente y en el principio de eficiencia del gasto. Basta con observar el trayecto de un paciente que abandona una unidad para ser trasladado a otra, para comprobar hasta qué punto la diversidad de soluciones supone un elemento que aumenta la inseguridad y resulta ineficiente por duplicación del gasto. La división del contrato en cuatro lotes se ha hecho en relación con las características técnicas de las bombas.

b) Respecto a la prescripción Programación TCI en bombas volumétricas y de jeringa de Anestesia, se ha de tener en cuenta que: (i) se usan viales de Propofol de 100 ml que directamente se colocan en el equipo, por lo que hay menos manipulación, (ii) cuando se acaba el vial no hay que parar la infusión para cargar más medicación, (iii) menor gasto de fungible ya que con un equipo basta para toda la cirugía, (iv) se evitan desviaciones de dosis, (v) hay más casas comerciales, (vi) afecta positivamente a la seguridad del paciente.



- c) La exigencia de Mecanismo antifujo libre obedece a la finalidad de aportar mayor seguridad al tratamiento del paciente.
- d) Cámara con sistemas antiespurgado y tapón antigoteo. Otras empresas como Hospira y Fresenius disponen de soluciones similares. Se necesita de un sistema entiespurgado para que no haya que cambiar el fungible. El tapón antigoteo evita que en el purgado del sistema se salga el suero.
- e) Presentaciones de mínimo 3 y 5 conexiones Luer-lock con válvula antirreflujo. Esta prescripción puede pasar a ser un criterio a valorar ya que se afirma que es igual de válido el que esté en la alargadera.

OCTAVO: El primero de los motivos impugnatorios versa sobre la falta de justificación técnica u organizativa de la necesidad de agrupar las bombas volumétricas y las de jeringa en un único lote (lote 1), además de la inexistencia en el expediente del informe justificativo sobre esta decisión.

En relación con la división del contrato en lotes, este OARC/KEAO ha manifestado en su Resolución 8/2018 lo siguiente:

El régimen de la división del contrato en lotes contenido en el TRLCSP (fundamentalmente, el artículo 86.3) debe entenderse parcialmente desplazado en aspectos esenciales por el contenido en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, que se incorpora a nuestro Ordenamiento en los apartados 3 y siguientes del artículo 99 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, que no es aplicable al caso (ver su Disposición Final Decimosexta). Sin embargo, este precepto de la Directiva reúne los requisitos necesarios para desplegar efecto directo¹, por lo que es la norma que debe tener en cuenta este OARC / KEAO para resolver la impugnación.

¹ Ver, por ejemplo, el documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos”, disponible en el siguiente enlace:

http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



El artículo 46 de la Directiva 2014/24 establece que, si bien “los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes”, por otro lado señala también que “los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes”. De esta redacción se deduce que la decisión de dividir o no un contrato en lotes es parte de la facultad del órgano de contratación para fijar discrecionalmente el contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 76/2016, 84/2017 y, especialmente, 41/2015 del OARC / KEAO),(...)

Esta conclusión se refuerza por el Considerando 78 de la Directiva 2014/24, que indica que “la magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador” y que éste “debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial.” Esta última mención no debe entenderse como una patente de inmunidad absoluta frente al control jurídico, pero sí como una advertencia de que dicho control no puede entrar a valorar las razones de oportunidad alegadas por el órgano de contratación, ámbito que se identifica sustancialmente con el llamado “núcleo material de la decisión” de la discrecionalidad técnica (ver, por todas, la Resolución 99/2017 del OARC / KEAO).

Analizado el expediente de contratación remitido, se observa que en el mismo figura un informe de fecha 23 de febrero de 2018 en el que consta la siguiente justificación para la división del contrato en los lotes que han dado lugar al recurso:

Por razones tanto de seguridad del paciente como de eficiencia del gasto, siguiendo las recomendaciones de la Comisión de Seguridad de Pacientes, interesa que se incluyan en un mismo lote las bombas volumétricas y de jeringa de prestaciones similares de los servicios de Anestesia, Hospitalización y servicios críticos (UCI y Neonatal) para, basándonos en unas elementales recomendaciones para los equipos de terapia intravenosa, evitar las desconexiones.

Cuando se traslada a un paciente de una unidad a otra no haría falta cambiar de bomba y, por tanto no sería necesario tampoco cambiar el fungible y cargar nueva medicación para adaptar a la otra bomba, lo que supone un principio elemental de seguridad del paciente y un ahorro tanto en medicación como en fungibles. El cambiar de bomba exigiría desconectarla, poner fungible nuevo y preparar nueva medicación, además del trabajo que se invierte en esos trabajos adicionales y el gasto en otros materiales como guantes, jeringas, agujas, tubos, etc.



Desde el punto de vista de la formación en el manejo de bombas, resultaría más seguro y eficaz el manejo de una única bomba común en toda la OSI Araba.

Se observa que este informe, ajustado a las circunstancias concretas del contrato, da cumplida razón de los motivos que han instado al órgano de contratación a determinar el contenido de cada uno de los lotes en los que se divide el objeto del contrato.

En el recurso se aportan dos argumentos para concluir que se traspasa el límite de la discrecionalidad técnica en la división del objeto del contrato en lotes que no pueden ser aceptadas. En primer lugar, se alega de forma genérica que el contenido del lote 1 (bombas volumétricas y de jeringa), impide la presentación de oferta a licitadores que dispongan únicamente de las primeras, pero no acredita que esta configuración del contrato haya sido efectuada en perjuicio o beneficio arbitrario de algún licitador o tipo de licitador ni que con ella se esté restringiendo injustificadamente la competencia. A este respecto, debe tenerse presente que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar los argumentos y los medios probatorios que permitan acreditarlos. En segundo lugar, opone su justificación técnica u organizativa a la del órgano de contratación, lo cual no es aceptable por pretender sustituir las razones de oportunidad alegadas por el órgano de contratación, que es quien tiene que satisfacer las necesidades de interés general a cuya consecución obedece el contrato, por las aducidas por el recurrente.

Tampoco puede prosperar el argumento de que en ocasiones anteriores la adquisición de los diversos tipos de bomba se ha licitado de forma separada, pues los pliegos que ahora se impugnan rigen un nuevo procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato, y como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, en este sentido, la Resolución 84/2017) el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad para configurar el objeto del contrato y su clausulado de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés público.



Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

NOVENO: Asimismo, se denuncian determinadas prescripciones técnicas de los lotes 1 y 2 por ser restrictivas de la competencia o ser redundantes o contradictorias con otras.

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.» Las Resoluciones 116/2014 y 109/2015 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.»

En concreto, se impugnan las siguientes prescripciones:

a) Del lote 1:

- Se impugnan tres prescripciones que se consideran limitativas de la concurrencia. En concreto, (i) Programación TCI en bombas volumétricas y de jeringa de Anestesia, (ii) Mecanismo antifujo libre y (iii) Cámara con sistema antidespurgado y tapón antigoteo. El recurrente no argumenta ni prueba la afirmación de que únicamente dos empresas en el caso de la primera prescripción y una única en el caso de las dos segundas, cumplen con estas prescripciones. Se limita a realizar denuncias genéricas con las que, por otra parte, el poder no está de acuerdo pues en su informe



opone, igualmente con carácter genérico, que hay más casas comerciales que cumplen con estas prescripciones. No obstante, la impugnación no puede prosperar, pues como se ha señalado anteriormente la carga de la prueba la ostenta el recurrente, quien no acredita las afirmaciones de su recurso.

- También se recurre el que no se especifique el tipo de bombas para las que se requiere el sensor de goteo y aire en línea, habida cuenta de que estas prescripciones sólo las cumplen las bombas volumétricas. Osakidetza no responde esta impugnación y dado que las bombas de jeringa llevan otro tipo de alarmas (de jeringa mal ajustada, de jeringa agotada, etc.), diferentes a los sensores solicitados, la impugnación debe ser aceptada y deberá especificarse para cada tipo de bomba el tipo de alarma que se solicita.
- Finalmente, debe atenderse la alegación de que no procede solicitar un filtro hidrofóbico para la cámara de goteo (de 15 micras para los lotes 1.1 a 1.4 y de 200 micras para el lote 1.5) ya que, de ser hidrofóbico, no dejaría pasar el líquido.

b) Del Lote 2

- Cámara con sistemas antiespurgado y tapón antigoteo. Al igual que en el lote 1, el recurrente no argumenta ni prueba la afirmación de que únicamente una empresa cumple con esta prescripción. Se limita a realizar una denuncia genérica por lo que su alegación debe ser desestimada ya que no ha sido debidamente acreditada y corresponderle al recurrente la carga de probarla.
- Presentaciones de mínimo 3 y 5 conexiones Luer-lock con válvula antirreflujo. En lo concerniente a esta cláusula el poder adjudicador reconoce que no es una prescripción necesaria para conseguir el cumplimiento de la finalidad que persigue el contrato, por lo que considera que se trata de una prescripción suprimible, lo que lleva aparejado la anulabilidad de dicha prescripción.



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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BECTON DICKINSON, S.A. contra los pliegos del contrato de “Suministro de material fungible y equipamiento necesarios para bombas de infusión endovenosa y nutrición”, tramitado por Osakidetza, anulando el pliego impugnado y declarando:

- En el Lote 1, que se limite la especificación “sensor de goteo y aire en línea” a las bombas volumétricas y que se elimine la característica de “hidrofóbico” del filtro de la cámara de goteo (de 15 micras para los lotes 1.1 a 1.4 y de 200 micras para el lote 1.5).
- En el Lote 2, la anulación de la prescripción técnica “Presentaciones de mínimo 3 y 5 conexiones Luer-lock con válvula antirreflujo”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 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, 2018ko ekainaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de junio de 2018