



EB 2023/191

Resolución 089/2024, de 17 de mayo, 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 MEDTRONIC IBÉRICA, S.A., contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de material sanitario y puesta a disposición del equipamiento necesario para la realización de hemodiálisis aguda, crónica y aféresis terapéutica de la OSI Barrualde Galdakao (lotes 1, 2, 3 y 5)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de septiembre de 2023, se 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 interpuesto por MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. (en adelante, MEDTRONIC), contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de material sanitario y puesta a disposición del equipamiento necesario para la realización de hemodiálisis aguda, crónica y aféresis terapéutica de la OSI Barrualde Galdakao (lotes 1, 2, 3 y 5)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 3 de octubre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron 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). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO el día 17 de octubre.

TERCERO: Con fecha 16 de octubre, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 38/2023, acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados el día 17 de octubre, el día 23 de octubre se presentaron alegaciones por BAXTER, S.L. (en adelante, BAXTER) y por B. BRAUN MEDICAL S.A. (en adelante, BRAUN) y el día 24 de octubre por FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A.U (en adelante, FRESENIUS).

QUINTO: Según consta en el expediente remitido las empresas que han presentado oferta a los diferentes lotes son las siguientes:

Lote 1: BAXTER

Lote 2: FRESENIUS MEDICA CARE ESPAÑA, S.A.U.

Lote 3: B. BRAUN MEDICAL, S.A.

Lote 4: FRESENIUS MEDICA CARE ESPAÑA, S.A.U.

Lote 5: FRESENIUS MEDICA CARE ESPAÑA, S.A.U.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.G.P., que actúa en nombre y representación de MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.



SEGUNDO: 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 suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: 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.

SEXTO: Alegaciones del recurso

El recurso se basa en los motivos que a continuación se exponen resumidamente:

a) El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) exige que la adjudicataria cumpla las exigencias técnicas correspondientes a los 4 tipos diferentes de sesiones en el lote 1, los dos tipos diferentes en el lote 2 y todos los kits y dispositivos exigidos en el lote 5 para la terapia renal continua. A juicio de la recurrente, el poder adjudicador ha configurado el objeto del contrato con unas prescripciones técnicas que limitan la concurrencia porque algunas de



dichas prescripciones, muy detalladas, no están respaldadas por criterios técnicos que avalen su introducción o porque se exige el cumplimiento de ciertas características de una forma específica, excluyendo las demás; además, se alega que dichas prescripciones no se justifican en el expediente. La manera en la que se han diseñado los lotes es también limitativa de la concurrencia porque solo con incumplir una característica de un sublote ya no es posible participar en el lote completo. Por el contrario, en el anterior procedimiento de adjudicación con el mismo objeto se dividían en lotes distintos los diferentes tipos de sesiones de hemodiafiltración y técnicas especiales, lo que desmiente el argumento de que incrementar el número de lotes dificulta la correcta ejecución del contrato.

b) En particular, se alega que en el lote 1 se han incluido cuatro tipos de sesiones independientes entre sí, ya que el tipo de sesión depende de la patología tratada, de modo que nunca se realizan conjuntamente o a un mismo paciente sesiones diferentes. Por ello, no se justifica que un mismo proveedor deba ser el adjudicatario de todas ellas y, aunque formalmente se ha cumplido con la obligación de dividir el contrato en lotes, no hay motivación de su número y distribución. Se alega que es posible (de hecho, es lo habitual) separar en lotes diferenciados los distintos tipos de sesiones de hemodiafiltración y técnicas especiales; sin embargo, el poder adjudicador ha optado por agruparlos, reduciendo la concurrencia.

c) Las prescripciones técnicas son muy exhaustivas y no casan ni con la funcionalidad ni con la calidad de la sesión. Corresponde al poder adjudicador la carga de justificar por qué requiere unas u otras características, cosa que no ha hecho ni en la memoria ni en los pliegos, sin que la obligación de ofrecer dializadores de unos parámetros o características se base en razones clínicas.

d) Se alega que acreditar que el resto de las empresas del mercado no cumplen las características exigidas es una prueba diabólica de imposible realización para cualquier licitador. Sin embargo, a pesar de ello y de que no sería responsabilidad de la recurrente, MEDTRONIC se ha esforzado por proporcionar en este recurso las pruebas que tenía a su alcance. De todo ello se deduce que



los fabricantes que se mencionan en los siguientes epígrafes son los únicos que pueden cumplir los requisitos de los lotes 1, 2 y 3.

e) En concreto, se alega, en relación con cada uno de los concretos lotes, lo siguiente:

e.1) Lote 1

En cuanto al lote 1, BAXTER es la única empresa que puede ser adjudicataria del lote. Solo esta empresa puede hacer la sesión de hemodiálisis sin acetato y con perfil de potasio (sublote 1.3). Además, la Administración ha optado por hacer una transcripción de características específicas de Baxter en los cuatro sublotes, por lo que ni Medtronic ni el resto de las competidoras podrían optar a ningún sublote. Estas características son las siguientes:

- En el sublote 1, Sesión hemodiafiltración on-line, se requieren características de los dializadores idénticas a las de los dializadores de Baxter denominado Polyflux y Revaclear, coincidiendo tanto los rangos mínimos como los rangos máximos. El hecho de que se hayan establecido los máximos coincidentes con los valores de los dializadores de Baxter, determina una característica excluyente que no aporta un mayor beneficio, pues se excluirían las ofertas que tengan un valor de aclaramiento superior al fijado en el pliego; por ello, es totalmente injustificado este requisito, cuyo objetivo es impedir la participación de las otras casas comerciales. Se alega que los dializadores de MEDTRONIC o los de otras empresas no cumplirían todos y cada uno de los requisitos exigidos, sin que haya un criterio médico válido que explique estas prescripciones (se adjunta un cuadro detallado de varias marcas).



- En el sublote 2, Sesión de Hemodiálisis Extendida se reflejan características que coinciden a la perfección con los dializadores Theranova 400 y Theranova 500 de Baxter, en los tres parámetros exigidos (KUF, KoA Urea y superficie). Los dializadores de MEDTRONIC o de NIPRO no satisfarían los requisitos técnicos.
- En el sublote 3, Sesión de Hemodiálisis sin acetato y con perfil de potasio, se está dando cobertura a una técnica especial de hemodiálisis exclusiva de Baxter, por lo que se identifican las características de manera unívoca con los productos de dicha empresa, concretamente, el dializador Evodial. Además, en este sublote, también hay otra característica excluyente que es la exigencia de cartuchos desechables y reciclables para la desinfección por calor; en el resto de sublotes, lo que se exige son cartuchos desechables o líquidos antisépticos porque estas son las dos opciones que existen en el mercado para desinfectar el monitor y el circuito hidráulico. No hay justificación clínica que aconseje una u otra solución; sin embargo, en este sublote se elimina la posibilidad de ofertar un líquido antiséptico y se permite solo aportar los cartuchos desechables, exclusivos de Baxter y que se denominan Cleancart.
- En el sublote 4, Terapia de depuración de cadenas ligera Kappa y Lambda con filtro de membrana de alto cut off, se describe una técnica que, por sus características, solo puede cumplir Baxter con su dializador Theralite. Asimismo, se valora la esterilización por vapor de dentro hacia fuera (inside-out, en inglés), que es exclusiva de Baxter, por lo que es una prueba más de que, pudiendo describir características que permitan la concurrencia, el pliego opta por otras que hacen que el lote sea exclusivo para una única casa comercial.



e.2) Lote 2

La recurrente afirma que la destinataria de este lote es la empresa FRESSENIUS, única que puede cumplir algunas de las prescripciones:

- En el sublote 2.1 (Sesión hemodiafiltración en línea con gestión de variación del volumen plasmático), solo FRESSENIUS puede cumplir todos los requisitos con su dializador Fresenius FX100 Cordiax; aunque los valores de dicho modelo no son idénticos a los prescritos, solo permiten la participación de FRESSENIUS.
- En el sublote 2.2 (Sesión de hemodiálisis convencional), solo el modelo de FRESSENIUS puede optar al contrato. Especialmente, la recurrente señala que se copia la superficie de la membrana del dializador (1,8 m²), sin que haya un criterio médico que lo ampare.

e.3) Lote 3

- MEDTRONIC afirma que el lote 3 (sesión de hemodiafiltración en línea con control hemodinámico mediante más de un parámetro) establece características que indican que va destinado a BRAUN, concretamente para el dializador Xevonta Hi18.

f) El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) indica el equipamiento técnico que debe cederse en cada uno de los sublotes. En algunos casos, dicho equipamiento no guarda relación con el objeto del sublot, del lote o del propio contrato:

- f.1) En el lote 1, seis tablets de 8 pulgadas y una báscula electrónica de pesaje de paciente compatible con el sistema informático. Aunque al poder adjudicador le puede ser útil la adquisición de las tablets para que el personal sanitario elabore sus informes y revise las



prescripciones médicas, dicho material no tiene relación con el procedimiento de hemodiálisis.

f.2) En el lote 2, un ecógrafo portátil y una tablet para el diagnóstico en el punto de atención. No hay ninguna indicación médica que señale que deba emplearse este equipo durante las sesiones de diálisis, salvo que se use para la punción del acceso vascular para el procedimiento de hemodiálisis

f.3) En el lote 5, una cámara refrigeradora para almacenar medicación de unos 65 cm de alto y material necesario para el fomento de la actividad física de los pacientes durante la sesión de diálisis (pedalos, pesas de 1 kg, bandas elásticas Thera-band de diferentes colores y longitudes...etc.). Por lo que se refiere a la cámara, es un claro error de los pliegos porque no guarda ninguna relación con el objeto del contrato; en particular, la finalidad de la nevera es almacenar medicación y la medicación no es objeto del contrato. En cuanto al material de actividad física, no es procedente porque no es preceptivo para las sesiones de hemodiálisis y porque los pacientes del lote 5 se dirige a pacientes graves mayoritariamente en la UCI o encamados, sin posibilidad de realizar ejercicio físico.

g) El PPT exige un Plan de Formación Inicial para la correcta utilización y manejo de los equipos, tanto desde el punto de vista operativo como funcional, así como un Plan de Formación Continuada del Personal Sanitaria “con el objeto de que el Servicio de Nefrología se mantenga en la vanguardia del conocimiento y de la asistencia nefrológica que oferta a sus pacientes.” Este último Plan tiene un ámbito muy extenso e indeterminado, pues hay muchas ramas de la nefrología fuera del contrato impugnado, que se ciñe a la hemodiálisis.

h) Finalmente, se solicita que, en relación con los lotes 1, 2, 3 y 5, se anule el procedimiento y se ordene la retroacción al momento anterior a la aprobación de



los pliegos, debiendo en su caso convocarse otra licitación, previa aprobación de nuevos pliegos con observancia de las exigencias legales.

SÉPTIMO: Alegaciones de BAXTER

BAXTER se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Respecto a la afirmación de que el lote 1 solo puede adjudicarse a BAXTER, se alega que

- Cada lote define las terapias que se realizan con un determinado monitor. Es decir, el monitor es el que condiciona los lotes porque es el que tiene la capacidad de hacer las terapias que el Hospital necesita por razones técnicas. En el caso del lote 1, existe, por parte del Hospital, una necesidad clínica que se encuentra ligada al monitor Artis Physio, incluido en la oferta de BAXTER para el lote 1. El monitor Artis Physio se ajusta a las necesidades clínicas exigidas por parte de los facultativos del Hospital para poder ofertar las diferentes terapias dialíticas que se describen en pliegos, de acuerdo con prescripciones médicas necesarias para sus pacientes, y puede llevar a cabo las terapias descritas en pliegos, algo que no todos los monitores pueden hacer.
- En la gran mayoría, si no en la totalidad de los pliegos que se publican en relación con terapias de diálisis, se exige la cesión de un monitor, el cual debe cumplir con una serie de requisitos técnicos, que suelen cumplir todas las empresas del mercado que se dedican a terapias dialíticas.
- Por otro lado, en el PPT se exige también criterios técnicos valorables del monitor, que son los que el prescriptor define como necesarios para llevar a cabo aquellos tratamientos o terapias adecuados a sus necesidades clínicas. En este caso, cabe destacar que se solicita



biofiltración libre de acetato con perfil de potasio como característica valorable.

- En cuanto a los productos CleanCart A y Cleancart C, mencionados por la recurrente en el apartado 3.1.1.3. “Sublote 3 Sesión de Hemodiálisis sin acetato y con perfil de potasio”, se alega que, en contra de que señala el recurso, de la lectura del apartado del PPT en el que se relacionan las características técnicas exigidas para el sublote 3 del lote 1, esta parte constata que el órgano de contratación solamente solicita específicamente cartuchos desechables y reciclables para el sublote 3, pero no para los demás sublotes del lote 1, en los cuales solicitan cartuchos o líquidos antisépticos. La razón de solicitar ese tipo concreto de cartuchos para el sublote 3 reside en que se trata de cartuchos desechables desengrasantes y desincrustantes que deben usarse para evitar la precipitación de calcio y eliminar los lípidos/grasas en el momento de la desinfección del monitor que sirve para administrar la terapia objeto del sublote 3 (hemodiálisis sin acetato con Perfil de Potasio). No cabe utilizar otros líquidos o elementos que no sean biodegradables en los monitores, ya que estos realizan desinfección térmica mayor de 90°C (se acompaña al presente escrito como Documento nº2 Certificado de desinfección que acredita esa desinfección térmica), lo cual hace innecesaria su utilización. Por lo expuesto, no cabe considerar como característica excluyente la solicitud de un tipo determinado de cartucho para el sublote 3 del lote 1, ya que esta responde a una necesidad técnica de los monitores que se utilizan para administrar la terapia objeto del sublote.
- El dializador Theralite, mencionado por Medtronic a propósito del sublote 4, ha sido objeto de estudios que avalan su uso basándose en el éxito de la recuperación absoluta de la función renal de un paciente con riñón de mieloma (se acompañan al presente escrito como Documento nº3 y Documento nº4 dos de esos mencionados estudios). Este dializador se encuentra comercializado en toda la red sanitaria del



País Vasco para tratar a pacientes oncológicos de mieloma, habiendo alcanzado grandes resultados que otras alternativas propuestas por diferentes casas comerciales no han conseguido, por no estar probada la eficacia de sus dializadores con el tipo de terapia objeto del sublte 1.4. Entendemos que esta es la razón por la cual el Hospital ha plasmado en los pliegos objeto del presente recurso la necesidad de adquirir un dializador con el que puedan obtener excelentes resultados en terapias de depuración de cadenas ligera Kappa y Lambda con filtro de membrana de alto cut off.

- Por último, BAXTER alega que no ha podido licitar a los lotes 2 y 4 por no reunir todas las características solicitadas en pliegos pero en ningún momento ha puesto en tela de juicio el criterio del órgano de contratación, interponiendo un recurso como ha hecho la recurrente, ya que entiende, como se ha expuesto anteriormente, que las especificaciones técnicas las define el órgano de contratación según las necesidades clínicas que tenga de cara al tratamiento de sus pacientes y que los pliegos se publican teniendo en cuenta esas necesidades.

b) Sobre la afirmación de la falta de relación con el objeto del contrato de la cesión de parte del equipamiento, se alega que la cesión de tablets responde a la necesidad de quitar el papel de las unidades de los hospitales, correspondiéndose con una evolución tecnológica hacia la que se dirigen la mayoría de los hospitales. Las tablets permiten una recopilación de los datos de los pacientes que facilita que los datos se transfieran directamente al historial clínico del paciente y así no se pierdan o traspapelen. En cuanto a la cesión de básculas, se alega que es imprescindible pesar a los pacientes dializados de forma previa y posterior a cada sesión, lo que convierte las básculas en un equipamiento fundamental de una unidad de hemodiálisis; además, el hecho de que se encuentren conectadas al sistema informático de gestión permite, como en el caso de las tablets, la eliminación del papel y evitar el error humano.



c) El Plan de Formación solicitado en pliegos no es indeterminado y está relacionado con el objeto del contrato. En el PPT del expediente se solicita que el licitador oferte un Plan de Formación, dividiéndolo en varios subtipos. La exigencia de un Plan de formación para personal sanitario y de mantenimiento está totalmente justificada, ya que se considera básico para poder atender requerimientos de la unidad. En cuanto a la formación continuada en concreto, cuyo objetivo es, según indicado en pliegos, “mantener al Servicio de Nefrología en la vanguardia del conocimiento y de la asistencia nefrológica que oferta a sus pacientes”, esta parte entiende que debe entenderse que se trata de acciones formativas específicas continuadas en el manejo de las modalidades y aplicaciones en caso de nuevas actualizaciones (acceso al conocimiento actualizado, tecnológico y de investigación, en el campo de la Hemodiálisis, objeto de este expediente de licitación), algo imprescindible para que el personal sanitario pueda desarrollar su trabajo en las mejores condiciones y con el máximo conocimiento posible. Por otro lado, no se solicita una formación en el campo de la nefrología en general, sino una formación continuada del “Servicio de Nefrología en la vanguardia del conocimiento y de la asistencia” a sus pacientes, sino una formación al personal del Servicio de Nefrología del que forma parte el personal de hemodiálisis, que es a quien debe dársele esa formación continuada, como resulta lógico por el objeto del contrato. Por último, cualquier proveedor tiene la obligación de formar al usuario en el uso del fungible y de la máquina, por lo que esta parte considera que la petición formulada en pliegos está totalmente relacionada con el objeto del contrato.

OCTAVO: Alegaciones de FRESENIUS

Las alegaciones de FRESENIUS son, en síntesis, las siguientes:

a) Por lo que se refiere al lote 2, que la recurrente considera destinado para FRESENIUS, se alega lo siguiente:

- En relación con el Sublote 2.1, se alega que tan solo el dializador FX100 Cordiax de FRESENIUS cumple todos los requisitos. La recurrente no



acredita esta afirmación y se limita a resaltar en el escrito ciertas características del citado dializador que, efectivamente, cumple con las características que se indican en las especificaciones técnicas, lo que no implica en ningún modo que sea el único dializador en el mercado que las cumple. Adicionalmente, obvia MEDTRONIC que las especificaciones extraídas indican que debe incluirse en la oferta “al menos un dializador” con al menos una superficie igual o superior a 2 m², lo que no impide que las casas comerciales puedan ofertar diferentes dializadores de membrana sintética biocompatibles, siempre que, al menos uno de ellos, cumpla con la superficie indicada; esto es, la propia especificación pone de manifiesto que podrían ofertarse diferentes superficies lo que implica que los licitadores deberían ofertar al menos 2 superficies. En consecuencia, FRESENIUS no podría solamente ofertar el dializador mencionado por la recurrente, sino que debería ofertar al menos 2 tipos y al menos un dializador de superficie igual o superior a 2 m². FRESENIUS alega que existen otros dializadores presentes en el mercado que cumplen con las especificaciones solicitadas y que garantizarían la concurrencia para este sublte, pertenecientes a las empresas BRAUN y PALEX MEDICAL.

- En el sublte 2.2 la recurrente se limita a manifestaciones de parte sin mayor evidencia que la extracción de las características del dializador de FRESENIUS (que efectivamente cumple con las características solicitadas, lo que no implica en ningún caso que sea la única en el mercado que pueda cumplirlas). La alegante afirma que hay más de una casa comercial que puede responder a las especificaciones técnicas establecidas para el sublte 2.2, citando los comercializados por las empresas BRAUN y PALEX MEDICAL. Se alega que la superficie es un elemento de prescripción médica que determina la eficacia depurativa del dializador. La mayor parte de los adultos tiene una superficie corporal que se acerca a 1,70 (1,6-1,9) m² y la superficie aceptada como estándar es 1,73m². La superficie de elección en este



lote ha sido 1.8m² (aproximada a la superficie estándar 1,73m²), que sería válida para la mayor parte de pacientes para este tipo de tratamiento, y es que este tipo de terapia no requiere de un mayor número de posibilidades de superficie que cubra el tratamiento de los pacientes previstos (que son sólo de 2.000 sesiones o tratamientos frente a las 32.100 sesiones o tratamientos totales previstos para pacientes crónicos, esto es, para los Lotes nº 1, 2 y 3).

- El mero hecho de que sólo una casa comercial pueda presentarse a un procedimiento por las prescripciones técnicas en él contenidas no implica que se esté vulnerando el principio de libre concurrencia.

b) Por lo que se refiere a la exigencia de que se oferte cierto equipamiento en régimen de cesión de uso, se alega lo siguiente:

- el objeto del contrato, (apartado 1 del PPT) incluye “suministro de productos y equipamiento necesarios para la realización de hemodiálisis aguda, crónica y aféresis terapéutica en la OSI BarruealdeGaldakao”. La citada cesión está relacionada con el objeto del contrato; el ecógrafo, junto con la tablet correspondiente, permite la vigilancia del acceso vascular en el punto de extracción de sangre del tratamiento de hemodiálisis denominado fístula arteriovenosa.
- En relación con la cámara refrigeradora, se alega que los pacientes que se encuentran en alguna de las terapias continuas de reemplazo renal objeto de contrato requieren múltiples medicamentos implicados en estas terapias, los cuales necesitan mantener la cadena del frío para asegurar la calidad, eficacia y seguridad de la propia terapia. Asimismo, para las terapias de plasmaféresis, contempladas también en el objeto del Lote nº 5, es imprescindible mantener el plasma en frío antes de comenzar la técnica. Por tanto, no puede sino considerarse que la necesidad de este equipamiento tiene una relación directa con el objeto del contrato.



- En lo que se refiere “al material necesario para el fomento de la actividad física de los pacientes durante la sesión de diálisis”, también solicitado en el marco del Lote nº 5, debe considerarse que los pacientes que presentan insuficiencia renal aguda y son tratados con terapias continuas de reemplazo renal, frecuentemente presentan una pérdida muscular debido al tiempo de hospitalización en cama de UCI. En ese sentido, la actividad física que puede realizarse con estos materiales favorece la estimulación muscular lo que acelera la recuperación y mejora la calidad de vida de estos pacientes. Se trataría de trabajar en equipo elaborando un plan integral de ejercicios físicos para ayudar a recuperar la masa muscular deteriorada como puente a la recuperación y destete de las técnicas continuas, lo que evidencia la relación de este material con el objeto del contrato.

c) El plan de formación solicitado en los pliegos guarda una relación directa con el objeto del contrato en la medida en que hace referencia a la necesidad permanente de hacer un uso adecuado de los equipos adquiridos y es que, a lo largo de la vigencia del contrato, pueden tener lugar desarrollos tecnológicos que deben ser informados y sobre los cuales el personal asistencial de las unidades de diálisis debe ser formado.

NOVENO: Alegaciones de BRAUN

Las alegaciones de BRAUN son, en resumen, las siguientes:

a) MEDTRONIC afirma en el Recurso 3.1.3 que los parámetros de los Dializadores en el lote 3 son muy restrictivos y excluyentes. BRAUN considera que objetivamente podrían considerarse exhaustivos los parámetros basados en un mínimo y un máximo muy acotado (por ejemplo, en el sublte 1.1). Sin embargo, en el Lote 3 en cambio se indica el símbolo mayor a XXX o en otros menor a YYY, por lo que no aparecen tan acotados. Deben existir unos parámetros porque la terapia conlleva establecerlos, pero la apreciación de la



empresa recurrente en nuestra opinión no se puede afirmar de esta manera tan rotunda.

b) Para que se aprecie que existe una prescripción restrictiva de la competencia, deben cumplirse dos condiciones. En primer lugar, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto y, en segundo lugar, 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 cuanto a la primera condición, ya se ha señalado que los parámetros en términos objetivos no son rotundamente exhaustivos permitiendo, aunque pequeño, un margen de resultados.
- Respecto a la segunda condición, se alega que la descripción que figura en el PPT se formula por referencia a la funcionalidad que pretende satisfacerse, sin mencionar una patente o producto concreto. El lote 3 cubre la necesidad de tratar a un número reducido de pacientes clínicamente inestables, con características que hacen que las especificaciones solicitadas para el tipo de tratamiento específico de agudización sean las requeridas para que la calidad de la diálisis optimice los resultados clínicos esperados por los profesionales sanitarios. Las especificaciones técnicas del dializador del lote 3 son idénticas a las del lote del expediente actual (2023/01768 OSI Barrualde-Galdakao). Esto puede confirmar la necesidad del propio hospital de mantener la tecnología ya descrita en las especificaciones técnicas del pliego anterior, entendiendo que dichos materiales han ofrecido los resultados clínicos deseados para este tipo de pacientes y tratamientos, validando y confirmando que para este grupo reducido de sesiones se requiere de la tecnología solicitada por el hospital. En definitiva, la prescripción impugnada está formulada sin referencia a



ningún tipo de sistema patentado y se concreta en términos de funcionalidad no arbitrarios.

DÉCIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Con carácter general, se alega que el PPT se ha realizado teniendo en cuenta los objetivos de una Unidad de Hemodiálisis recogidos en las “Guías de Unidades de Hemodiálisis 2020”, de la Sociedad Española de Nefrología (SEN). Según dichas guías, las Unidades de Hemodiálisis tanto hospitalarias como extrahospitalarias deben proporcionar tratamiento dialítico a aquellos pacientes que lo precisan de acuerdo con los criterios y con la «adecuación» que recomienda la evidencia científica contemplada en las guías clínicas, procesos asistenciales integrados, protocolos y otros instrumentos de gestión clínica. El objetivo fundamental del PPT es ofrecer a los pacientes las técnicas de tratamiento renal sustitutivo óptimas que permitan la consecución de una diálisis individualizada, adaptada a su situación clínica y que mejoren su confortabilidad. Las características técnicas requeridas en el pliego en cada uno de los lotes se han redactado, en primer lugar, para poder ofertar la técnica más adecuada a cada paciente teniendo en cuenta las características clínicas de cada uno de ellos en cada momento de su vida y, en segundo lugar, teniendo en cuenta las características propias de la Unidad de Hemodiálisis de la OSI Barrualde-Galdakao. El expediente está dividido en 5 lotes que se adjudican a lote completo, para dar una mejor atención médica a los pacientes, facilitar el manejo de las propuestas y adecuar de manera razonable el número de monitores distintos que podemos llegar a albergar en la Unidad de Hemodiálisis adaptándonos a las características estructurales de la misma.

b) Por lo que se refiere al Lote 1, se alega lo siguiente:

- Permitir que las empresas concurren por separado a cada uno de los sublotes del Lote 1 implicaría la posibilidad de tener en servicio hasta 6



empresas diferentes, con sus respectivos monitores de diferente manejo, que utilizan en cada caso diferentes dializadores y su fungible específico para el desarrollo de las técnicas, lo que podría poner en riesgo la seguridad del paciente y la calidad de la sesión. La dificultad y complejidad del manejo de muy diferentes equipamientos y materiales en la Unidad de Hemodiálisis por el personal sanitario es un riesgo añadido para el paciente. De ahí que en la mayoría de Unidad de HD hospitalarias y Extrahospitalarias no coexistan material y equipamiento de más de 2-3 empresas diferentes.

- la afirmación de la recurrente de que “cuanto mayor es el valor del aclaramiento, más potente es el dializador”, no implica per se, que tiene que ser más beneficioso para todos los pacientes, ya que, en los pacientes más frágiles o aquellos que inician el programa de hemodiálisis, hay que mantener un escrupuloso cuidado tanto en la elección de la técnica como en la elección del dializador para evitar el síndrome de desequilibrio dialítico y otras complicaciones.
- El Coeficiente de cribado que se solicita en el pliego $< \text{o igual a } 0.003$ no es restrictivo porque los dializadores de todas las casas comerciales excepto MEDTRONIC lo cumplen, incluso con valores más exigentes. Análoga situación se da con las superficies de los dializadores.
- La hemodiálisis sin acetato y perfil de potasio tiene unas ventajas adicionales que no son conseguidas por otras técnicas, como la disminución del número de arritmias durante la sesión y evitar la sintomatología por acúmulo de acetato; es inaceptable no poder ofrecer dichas pautas a los pacientes que lo precisen porque no estén desarrolladas por todas las casas comerciales. En este sentido, hemos incluido esta posibilidad terapéutica por ser la indicada según el criterio médico en ciertos pacientes (ancianos, diabéticos, etc.). Con independencia de que BAXTER sea o no la única empresa en el mercado que puede hacer la sesión de hemodiálisis sin acetato y con



perfil de potasio, lo cierto es que cabe dentro de la discrecionalidad técnica requerir que el monitor y los diversos materiales a utilizar en la sesión sean comunes para todas las técnicas del lote 1.

- No es admisible que una empresa directamente implicada en la contratación de material fungible para una técnica concreta indique a través de un recurso qué técnica resulta más adecuada para la depuración de cadenas ligeras en el tratamiento de un paciente con Mieloma Múltiple.
- c) Por lo que se refiere al lote 2, se alega que, en la especificación “Dializador capilar de membrana sintética biocompatible de diferentes superficies, incluyendo en la oferta al menos un dializador superficie igual o superior a 2 m²”, el propio criterio pone de manifiesto que deben ofertarse “diferentes superficies” lo que implica que los licitadores deberían ofertar al menos 2 superficies. Como se recoge en toda la literatura científica, el aumento de superficie del dializador puede suponer mejores resultados en términos de eficacia depurativa a lo largo del tratamiento solicitado. Por ello en todo pliego de material de HD deben recogerse diferentes superficies de dializadores, de modo que cada paciente debe tener ajustado en su pauta un dializador con una superficie determinada que debe adaptarse a su superficie corporal. Teniendo esto en cuenta, a este lote pueden concurrir con dos tipos de dializadores, como piden las especificaciones, al menos tres casas comerciales. Lo mismo sucede en el sublote 2.2.
- d) En cuanto al lote 3, se alega lo siguiente:
- Este Lote de ningún modo es excluyente; las características técnicas del dializador solicitadas en el Lote 3 son idénticas a las solicitadas en el Expediente anterior en lote 3. Se trata de un lote destinado a un número reducido de sesiones (5.600) porque incluye una técnica de diálisis indicada en un número concreto de pacientes, que presentan una severa inestabilidad hemodinámica durante la sesión de HD y que se benefician específicamente de esa técnica.



- El contrato impugnado está diseñado para ofrecer una pauta de HD individualizada y adaptada a las necesidades específicas de todos y cada uno de los pacientes de la Unidad de Hemodiálisis.

e) Por lo que se refiere a la impugnación de la obligación de aportar equipamiento asociado a diversos lotes, se alega lo siguiente:

e.1) Lote 1

- Las tablets se emplearían exclusivamente por personal de enfermería y auxiliares de la Unidad de hemodiálisis para recogida y monitorización de parámetros clínicos de paciente a pie de cama evitando errores de transmisión por transcripción en papel u otro medio diferido en el tiempo que suponga un riesgo de pérdida o error en la recogida de datos
- Respecto a la báscula electrónica, la experiencia clínica confirma que el peso del paciente al inicio y final de su sesión de HD es un elemento crítico en la tolerancia hemodinámica de éste a su pauta. Un error en la recogida de dicho parámetro está directamente relacionado con eventos cardiovasculares potencialmente mortales en periodos interdialíticos. Para evitar esas circunstancias se precisa una báscula electrónica, directamente relacionada con el proceso de Hemodiálisis.

e.2) Lote 2

- El ecógrafo portátil + tablet sirve para la vigilancia del acceso vascular a pie de cama del paciente. La adecuada funcionalidad del acceso venoso para HD es imprescindible y vertebró todo el tratamiento; cualquier problema asociado al mismo condiciona absolutamente la calidad de la HD y por tanto la calidad de vida



del paciente. Para llevar a cabo una sesión de HD es necesario que la sangre extraída del acceso vascular se conduzca mediante un circuito de líneas flexibles de plástico (línea arterial) hasta el dializador, donde una vez realizada la diálisis se retorna al paciente (línea venosa) a través de su acceso vascular. De esta explicación técnica se puede deducir que, sin un adecuado funcionamiento de un acceso vascular, es imposible realizar una sesión de hemodiálisis.

e.3) Lote 5

- La cámara refrigeradora para medicación está adaptada a las necesidades de la Unidad y su finalidad exclusiva e imprescindible es mantener la cadena de frío en todas las medicaciones que forman parte de la pauta de hemodiálisis y, por tanto, directamente relacionada con el proceso de hemodiálisis.
- El material necesario para actividad física en hemodiálisis está al servicio de un programa de Actividad Física en HD con pautas de ejercicio físico individualizadas para cada paciente. Dicho programa de Actividad Física en HD se enmarca dentro del proyecto de Humanización y Calidad del Tratamiento renal sustitutivo. Hay que recordar además que es parte del pliego el material y equipamiento para las técnicas continuas de tratamiento renal sustitutivo que habitualmente realizamos en Unidades de Pacientes Críticos. La secuela extrapulmonar más frecuente tras un ingreso en UCI es la debilidad muscular, relacionada con la disminución de la masa muscular, así como la disminución de la fuerza y la resistencia. La debilidad muscular se relaciona con mayor mortalidad al año y la rigidez articular generada por contracturas producidas durante la estadía en UCI se encuentra presente en alrededor del 60% de los pacientes y constituye un factor determinante de la capacidad de deambular



de forma independiente al alta hospitalaria. En el caso de nuestros pacientes crónicos esta debilidad muscular tras un ingreso en UCI se suma a las ya conocidas fragilidad y sarcopenia asociadas a la ERC. No es cierto que los pacientes críticos no puedan realizar este tipo de ejercicio; está ya ampliamente demostrado que el ejercicio físico terapéutico mejora el estado de salud de los pacientes críticos, aumenta el rendimiento motor funcional de los pacientes y disminuye la mortalidad en la UCI.

f) Es imprescindible el acceso al conocimiento actualizado, tecnológico y de investigación en el campo de la Hemodiálisis, de la Nefrología y en concreto de las técnicas incluidas en este pliego y que están directamente relacionadas con él. Por ello, el plan de formación planteado en el pliego guarda una relación directa con el objeto del contrato. Es necesaria una formación inicial, continuada y permanente para hacer un uso adecuado y poder explotar todas las prestaciones del equipamiento y fungible objeto de concurso y dicha formación debe correr a cargo ineludiblemente de la empresa adjudicataria del lote como no podía ser de otra manera. Es muy importante hacer saber que, para poder realizar todo el proceso de Hemodiálisis, los profesionales de un Servicio de Nefrología deben tener una formación continuada que les aporte la actualización permanente en el ámbito de la Nefrología. Todas las terapias objeto del contrato forman parte de la Nefrología y su conocimiento afecta a la Asistencia Nefrológica del paciente. El fin último del contrato es la Mejora continua en la Calidad de la Asistencia de los pacientes.

UNDÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurso se basa en cuatro motivos:

- (i) La configuración del Lote 1 incluye un sublote (sublote 1.3) que únicamente puede suministrar un concreto licitador, lo que impide el acceso de otros operadores a la adjudicación del lote en su conjunto.



- (ii) Las prescripciones de los lotes 1, 2, 3 y 5 están concebidas de tal modo que solo pueden ser adjudicados a empresas concretas.
- (iii) El equipamiento técnico que debe cederse en los lotes 1, 2 y 5 no guarda relación con el objeto del contrato.
- (iv) El “Plan de formación continuado” es indeterminado y no tiene relación con el objeto del contrato.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la configuración del objeto del contrato y su división en lotes

En anteriores ocasiones (ver, por todas, la Resolución 175/2018), este OARC / KEAO ha señalado que la discrecionalidad asiste a los poderes adjudicadores para adoptar la decisión de dividir o no el contrato en lotes y, en su caso, para configurar dichos lotes con uno u otro criterio (ver, por ejemplo, la Resolución 17/2018), si bien el artículo 99.3 de la LCSP establece la preferencia de la división por lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, debiéndose justificar debidamente en el expediente la opción de no dividir. A partir de esta consideración, este Órgano únicamente podría declarar la invalidez de la decisión de dividir en lotes que al respecto ha adoptado el poder adjudicador o la del concreto criterio de división adoptado (técnico, territorial, funcional...):

- (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad discrecional o,
- (ii) si comprobara que la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito



perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, limitando la concurrencia,
o

- (iii) si se constara la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

a.2) Sobre la configuración del lote 1

Aplicada la doctrina expuesta en el apartado a 1) anterior, este OARC / KEAO considera que la impugnación de la agrupación de técnicas de hemodiálisis efectuada en el lote 1 debe ser estimada por las siguientes razones:

- 1) El objeto del Lote 1 se compone de lo que el PPT denomina cuatro “sublotes” que se corresponden, cada uno de ellos, con ciertas terapias de hemodiálisis, consistentes en “Sección Hemodiafiltración on Line” (Sublote 1), que comprende un total de 12 prescripciones técnicas, “Sesión de Hemodiálisis Extendida” (Sublote 2), que contiene 10 prescripciones técnicas, “Sesión de hemodiálisis sin acetato con Perfil de Potasio” (Sublote 3), con 15 prescripciones técnicas y “Terapia de depuración de cadenas ligeras KAPPA y LAMBDA con filtro de membrana de alto cut off” (Sublote 4), con 8 prescripciones técnicas. La oferta del licitador debe incluir forzosamente todos los sublotes (todas las terapias) y satisfacer todas las prescripciones técnicas asociadas a cada una de las terapias o sublotes, siendo el lote la unidad mínima de adjudicación (es decir, no cabe adjudicar sublotes aisladamente considerados). El recurrente alega que solamente una casa fabrica y comercializa el material que puede satisfacer esta agrupación de terapias efectuada en el lote 1, pues la terapia solicitada en el sublote 1.3 es exclusiva de la casa BAXTER.
- 2) Si bien el poder adjudicador en el informe de oposición al recurso motiva la necesidad de solicitar todas las terapias disponibles para que todos los pacientes puedan disponer de la que más se adecúe a sus circunstancias, ello no justifica la agrupación efectuada. En concreto, existen varios indicios



en el expediente remitido y en las alegaciones efectuadas por los interesados que acreditan que la agrupación favorece arbitraria o desproporcionadamente a un licitador y excluye al resto, limitando así de forma indebida el acceso al procedimiento de adjudicación:

- BAXTER es, según el recurrente, la única empresa que puede presentar una proposición válida al lote 1 porque es la única que puede satisfacer el objeto del sublote 1.3. En sus alegaciones, esta empresa especifica que “(...) el monitor es el que condiciona los lotes porque es el que tiene la capacidad de hacer las terapias que el Hospital necesita por razones técnicas. En el caso del lote 1, existe, por parte del Hospital, una necesidad clínica que se encuentra ligada al monitor Artis Physio, incluido en la oferta de Baxter, S.L para el mencionado lote”, y añade que “Es el único monitor del mercado que puede llevar a cabo la terapia de Hemodiálisis con Perfil de Potasio, solicitada en pliegos por el órgano de contratación en el sublote 1.3, (...). De esta alegación se deduce que la agrupación de sublotos del lote 1 se ha efectuado teniendo en cuenta los requerimientos técnicos de un concreto monitor, el Artis Physio, sin tener en cuenta otras alternativas.
- Las razones alegadas por el poder adjudicador en su informe de oposición al recurso para justificar la agrupación en un solo lote de técnicas de hemodiafiltración y técnicas especiales se basan en la necesidad de evitar la excesiva diversificación de equipamientos y materiales porque ello (i) hace más complejo el uso adecuado y utilización de todas las prestaciones, (ii) requiere de unas necesidades de almacenaje individualizado y (iii) supone un riesgo para el cumplimiento de los criterios de seguridad y eficiencia.
- Este Órgano considera que las razones aducidas no justifican la configuración elegida; en particular, dichas razones no son proporcionales al radical efecto restrictivo de la concurrencia que produce dicha configuración y no son suficientes para descartar otros diseños de los lotes y de la agrupación de las terapias, distintos de los



efectuados y más respetuosos con los principios de libre acceso al contrato y salvaguarda de la libre competencia (artículo 1.1 LCSP). En primer lugar, el problema de almacenamiento es una cuestión organizativa que no tiene por qué suponer un gran inconveniente en un supuesto como el ahora analizado; así, si las terapias especiales se licitaran de forma separada, el número de equipamiento a almacenar no se vería incrementado en gran medida debido a que éstas únicamente representan una cuarta parte del total de las terapias demandadas. Por otra parte, la agrupación del lote 1 impugnada no es indispensable para evitar los riesgos alegados para justificarla, habida cuenta de que el equipamiento (i) será utilizado por profesionales cualificados y formados y (ii) no permanece inmutable a lo largo de la vida del contrato, ya que puede ser sustituido por otro diferente en el caso de mejoras tecnológicas (cláusula IV A 2. y 4. del PPT); en este sentido, tal y como señala el propio poder adjudicador, en la mayoría de Unidad de HD pueden coexistir materiales y equipos de dos o tres empresas diferentes. A todo ello debe añadirse que el hecho de que tan solo haya licitado una empresa a este Lote, precisamente la señalada por el recurrente como beneficiaria de la configuración arbitraria denunciada, es un indicio añadido de que dicha configuración es, en efecto, restrictiva de la competencia y del libre acceso al contrato.

- Por otro lado, de las alegaciones del poder adjudicador se desprende que caben divisiones del objeto del lote 1 del contrato basadas en criterios diferentes a los que fundamentan la configuración impugnada. En este sentido, la legítima finalidad de facilitar a los pacientes todas las terapias posibles puede ser satisfecha a través de otra configuración del procedimiento de adjudicación, como separar las terapias especiales en lote o lotes diferentes y prever la posibilidad de ofertas integradoras (artículo 99.5 LCSP).



b) Sobre las prescripciones técnicas de los lotes 1, 2 y 3

El recurrente alega que las prescripciones técnicas de los Lotes 1, 2 y 3 están redactadas de tal forma que solo un único proveedor por lote puede satisfacerlas. Al respecto, éstas son las consideraciones de este Órgano.

b.1) Sobre el establecimiento de prescripciones técnicas en el ámbito de la salud pública

En relación con el establecimiento de prescripciones técnicas, el artículo 126.1 de la LCSP establece que las prescripciones a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. 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 (ver, por todas, la Resolución 87/2018 del OARC / KEAO). La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por una o varias empresas determinadas, dificultando el acceso al contrato de los demás operadores, y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida 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. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato. Asimismo, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la concurrencia (ver en este sentido las Resoluciones del OARC / KEAO 116/2014, 7/2016, 111/2017 y 70/2018, así como la sentencia del TSJPV número 217/2021, de 28 de mayo de 2021). Dicho lo



anterior, procede señalar que, conforme a la jurisprudencia del TJUE (ver, por todas, la sentencia de 25 de octubre de 2018, asunto C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865, apartado 42, y la jurisprudencia anterior en ella citada), el principio de proporcionalidad se aplica de forma particular en el sensible ámbito sanitario, pues la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, correspondiendo a los Estados miembros decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel.

b.2) Sobre las prescripciones técnicas de los lotes 1, 2 y 3

En términos generales nos hallamos ante unas prescripciones técnicas muy minuciosas, como cabe esperar de un objeto contractual de gran nivel tecnológico en el que está implicada la protección de la salud. Como ha indicado este Órgano anteriormente, cuanto más detalladas son las especificaciones técnicas, mayor es el riesgo de que los productos de un determinado fabricante se vean favorecidos (ver, en este sentido la Resolución 078/2019 y jurisprudencia en ella citada). No obstante, el OARC / KEAO entiende que, en este caso, hay razones que justifican las prescripciones impugnadas, por lo que el recurso debe desestimarse en este punto:

- 1) En primer lugar, el poder adjudicador desmiente que algunas de las prescripciones impugnadas solo puedan ser cumplidas por un único proveedor, como afirma MEDTRONIC (de hecho, en algunos casos Osakidetza afirma que incluso los equipos comercializados por la recurrente satisfacen la prescripción impugnada). Este es el caso, en el lote 1, del coeficiente de cribado y de las superficies de los dializadores.
- 2) La respuesta del poder adjudicador da una explicación convincente de la necesidad y funcionalidad de las prescripciones, ampliamente apoyada en la literatura médica y en los criterios de la comunidad profesional de la nefrología. Por ello, debe entenderse que se han respetado los límites de la discrecionalidad técnica para fijar las prescripciones del modo más



adecuado para la satisfacción de la finalidad del contrato, especialmente teniendo en cuenta la especial deferencia con el poder adjudicador que, a este respecto, se da en el ámbito sanitario (ver el punto b1) anterior).

c) Sobre la cesión de equipamiento técnico y su relación con el objeto del contrato

El recurrente alega que en los lotes 1, 2 y 5 se exige la cesión de algunos equipos técnicos que no tienen relación con el objeto del contrato. Este Órgano entiende que este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) De acuerdo con el apartado I del PPT, titulado precisamente “Objeto del expediente”, dicho objeto incluye, entre otras prestaciones, la puesta a disposición y sin cargo, durante la vigencia del contrato, del equipamiento necesario fijado en los pliegos. Desde un punto de vista puramente formal, esta mención ya es suficiente para rechazar la falta de relación de los equipos con el objeto del contrato tal y como expresamente lo describen los pliegos. Además, y lo que es más importante desde una perspectiva material o sustantiva, difícilmente puede entenderse que las cesiones impugnadas no forman parte del objeto del contrato cuando figuran en el PPT, que por definición es el documento en el que se recogen el objeto del contrato, los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario y las necesidades que se pretenden satisfacer (ver, por todas, la Resolución 134/2018 del OARC / KEAO). En este sentido, es significativo que MEDTRONIC sustente su impugnación en resoluciones o jurisprudencia que aluden a la exigencia de que los criterios de adjudicación estén vinculados con el objeto del contrato (artículo 145 LCSP, apartados 5 a) y 6). Estos supuestos son del todo distintos al ahora analizado, pues en ellos es procedente contrastar el objeto del contrato con dichos criterios, mientras que el recurso requiere que se consideren no relacionadas con el objeto del contrato prescripciones que son parte del mismo.



2) A la vista de lo expresado en el apartado 1) anterior, no cabría acceder, en principio, a la petición del recurrente. No obstante, no es menos cierto que las prescripciones impugnadas podrían suponer una exigencia arbitraria o desproporcionada limitativa del acceso a la licitación, en especial, porque fueran superfluas o innecesarias o porque supusieran una agrupación de prestaciones caprichosa y no justificada por razones técnicas o por ser innecesaria para conseguir la funcionalidad buscada con el contrato (ver, por analogía, el artículo 34.2 LCSP). Sin embargo, este Órgano entiende que estas circunstancias no se dan en este caso:

- Por lo que se refiere al lote 1, el propio recurrente admite que al poder adjudicador le puede ser útil la adquisición de las tablets para la elaboración de informes y la revisión de prescripciones médicas, siendo irrelevante a los efectos del recurso que este material no tenga relación con el proceso de diálisis “stricto sensu”, pues sí lo tiene con la funcionalidad del contrato, por lo que no puede calificarse de caprichoso o arbitrario. Respecto a la báscula, el poder adjudicador acredita su relación con el mismo proceso de hemodiálisis.
- En cuanto al lote 2, MEDTRONIC estima que la petición de un ecógrafo y una Tablet no están justificadas por ninguna razón médica (salvo en el caso de punción de acceso vascular). Sin embargo, el poder adjudicador ha aportado en su informe de respuesta al recurso los argumentos técnicos que motivan esta prescripción, en particular su relación con la funcionalidad del contrato y con la vigilancia del acceso vascular (como reconoce el propio recurrente), por lo que su establecimiento está amparado por la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación para configurar el objeto contractual (ver, por todas, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO).
- Análogo comentario puede formularse sobre los motivos de impugnación, en el lote 5, de la exigencia de una nevera y de material



para el fomento de la actividad física, debidamente justificados por el informe de respuesta al recurso en su concreta vinculación a la finalidad del contrato.

- 3) Finalmente, debe añadirse que MEDTRONIC no alega ni justifica (ni este Órgano lo observa) que las prescripciones impugnadas le supongan imposibilidad o dificultad de acceso al contrato o al procedimiento de adjudicación.

d) Sobre el “Plan de formación continuada del personal sanitario”

El recurrente alega que el “Plan de formación continuada del personal sanitario” (apartado IV D 7 c) del PPT) es una prescripción indeterminada y que no tiene relación con el objeto del contrato. MEDTRONIC considera que el ámbito de la prescripción se extiende a un ámbito extenso, dado que en la nefrología es una disciplina en la que existen muchas ramas ajenas al objeto del contrato, que es la hemodiálisis. Por ello, la exigencia de que la adjudicataria “mantenga al Servicio de Nefrología a la vanguardia del conocimiento” es tan amplia que no puede comprenderse el alcance de la cláusula. Al reproche de que la prescripción impugnada no está vinculada con el objeto del contrato cabe oponer las mismas objeciones expuestas en el apartado c) anterior; de hecho, el recurrente también cita en este caso doctrina legal y jurisprudencia relativas a la falta de relación entre un criterio de adjudicación y el objeto del contrato. Esta argumentación es especialmente confusa teniendo en cuenta que el “Plan de formación continuada del personal” es también uno de los criterios de adjudicación del contrato previstos en los pliegos y, sin embargo, no ha sido expresamente impugnado, como sí lo ha sido la cláusula en la que dicho Plan figura como prescripción técnica (aunque se presente como parte necesaria de la “configuración de la oferta”). No obstante, en este caso, concurren circunstancias diferentes, también alegadas por la recurrente, que implican la estimación del motivo de impugnación:

- 1) En primer lugar, el objetivo del Plan es “mantener al servicio de nefrología en la vanguardia del conocimiento y de la asistencia nefrológica”, lo que es del todo



insuficiente para determinar con una mínima objetividad el nivel de rendimiento que se desea obtener de la prescripción y cómo se mide su cumplimiento. Por otro lado, tampoco hay ninguna indicación ni concreción de cuáles podrían ser las actuaciones susceptibles de integrar el Plan (publicaciones, clases magistrales, seminarios, asistencia a congresos, prácticas, etc.). En este sentido, es llamativo que el “Plan de formación continuada del personal” figure también como criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor (cláusula específica del contrato del PCAP 22.2.1) PCAP) y su descripción se limite a esas seis palabras sin añadir tampoco ninguna especificación. La prescripción se describe en términos tan genéricos que es difícil que un operador económico razonablemente diligente interesado en el contrato sea capaz de hacerse una idea clara del alcance del compromiso que adquiriría en el caso de resultar adjudicatario, ni de su coste o complejidad. Todo ello obstaculiza la elaboración y presentación de una oferta y su valoración como adecuada o no a los pliegos por el poder adjudicador, así como, en su caso, la verificación de la correcta ejecución del contrato.

- 2) A juicio de este Órgano, lo expuesto en el apartado 1) anterior supone que se ha infringido el principio de transparencia (artículo 1.1 LCSP) que establece, en síntesis, que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a las condiciones aplicables al contrato de que se trate (ver, por todas, las Resoluciones 68 y 163/2018 del OARC / KEAO).
- 3) Aunque, como ya se ha señalado, no se impugna el criterio de adjudicación “Plan de formación continuada del personal sanitario”, la anulación del apartado IVI D 7 del PPT conlleva también la de dicho criterio. El



motivo es que la citada anulación implica la pérdida de su objeto, ya que el Plan que se pretende evaluar deja de ser parte del contenido de la oferta y de las obligaciones contractuales.

e) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) a d) anteriores, el recurso debe estimarse parcialmente, en el sentido de:

- 1) Anular el lote 1.
- 2) Anular el apartado c) del epígrafe IV. D7 del PPT.
- 3) Anular el inciso “Plan de Formación Continuada del Personal Sanitario” del criterio de adjudicación “Formación 4 puntos” (Cláusula específica 22.2.1 del PCAP).

La estimación parcial supone en este caso la cancelación del procedimiento de adjudicación, entre otras razones, por afectar a un criterio de adjudicación (ver, por todas, la Resolución 102/2023 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por MEDTRONIC IBÉRICA, S.A., contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de material sanitario y puesta a disposición del equipamiento necesario para la realización de hemodiálisis aguda, crónica y aféresis terapéutica de la OSI Barrualde Galdakao”, tramitado por Osakidetza,



en los términos establecidos en la letra e) del Fundamento jurídico undécimo de la presente Resolución y cancelando el procedimiento de adjudicación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko maiatzaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de mayo de 2024