



EB 2023/167

Resolución 193/2023, de 9 de noviembre, 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 INEHEALTH TEAM SL contra la adjudicación del contrato “Contratación de una plataforma, implantación y puesta en funcionamiento en Osakidetza para la compartición de estudios de imagen medica con el paciente”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de agosto 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 INEHEALTH TEAM SL contra la adjudicación del contrato “Contratación de una plataforma, implantación y puesta en funcionamiento en Osakidetza para la compartición de estudios de imagen medica con el paciente”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 24 de agosto 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). El expediente de contratación se recibió los días 28 y 29 de agosto y el informe el día 30 de octubre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, el día 8 de septiembre se han recibido las alegaciones de AGFA HEALTHCARE SPAIN, S.A.U. (en adelante, AGFA), empresa adjudicataria del contrato.

CUARTO: Consta en el expediente que el gasto del contrato impugnado recibirá financiación procedente del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, (cláusula específica 3.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP). Consecuentemente, el presente procedimiento se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.L.C.G. que actúa en su nombre.

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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma



Nos encontramos ante la impugnación de la adjudicación de un contrato con financiación procedente del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (cláusula específica 3.5 del PCAP) cuya licitación se ha efectuado electrónicamente (cláusula específica 20.6 del PCAP) por lo que, en principio, al procedimiento de recurso le son de aplicación, de entre las especialidades previstas en el artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, la relativa a la reducción del plazo de presentación del recurso especial contra la adjudicación del contrato a 10 días naturales. No obstante, el acuerdo de adjudicación impugnado contiene un pie de recurso en el que se informa a los interesados de forma errónea que el plazo de interposición del recurso especial es el de quince días hábiles.

Según ha establecido reiteradamente este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 94/2016, 162/2020 y 104/2022, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, entre otras, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca.

Consecuentemente, el recurso debe ser considerado interpuesto en tiempo.

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: Argumentos del recurso

Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:



a) El acuerdo de adjudicación es nulo de pleno derecho por cuanto la oferta de AGFA incumple los requisitos técnicos establecidos en los pliegos y, por tanto, debió ser calificada de “no apta” y excluida por la Mesa de contratación. En concreto:

- La oferta no incorpora la posibilidad de subida de documentos e imágenes por parte del paciente, sino que como se reconoce en el Informe de valoración, se propone que mediante un desarrollo personalizado en la solución Xero Portal será posible subir documentos o directorios.
- “Xero Portal” no es una solución integrable como exigen los pliegos.
- La propuesta afirma que, a petición de Osakidetza, podrá utilizarse como “front end”, cuando en los pliegos no figura esta posibilidad.
- La solución “Xero Portal” propuesta es incompleta, ya que se basa en el PACS de AGFA contratado en otra licitación, de modo que si se cambia de proveedor en esta última dejaría de poder subirse los documentos e imágenes por parte del paciente.
- La solución propuesta implica un entorpecimiento, dilación del procedimiento y un empeoramiento de información médica.
- La oferta no permite cuantificar de un modo seguro la imagen, pues no se especifica cual será esa modalidad y, además, no presenta el cumplimiento opcional del PIN con doble factor de identificación.
- La propuesta no permite ver o controlar el número de accesos de los pacientes a sus pruebas (Dashboard) y así se reconoce expresamente en el Informe de valoración.

b) Las conclusiones de lo relacionado en el apartado a) anterior son que (i) AGFA se halla en posesión de una ventaja competitiva ya que, en vez de montar su sistema y copiar las imágenes a la nube (tal y como solicita el pliego), estaría utilizando la infraestructura del PACS, (ii) el uso de PACS actual por parte de AGFA podría suponer la paradoja que, en caso de revocación de la actual licitación, todo el sistema de datos quedaría inútil, (iii) la falta de previsión de control del número de accesos de los pacientes a sus pruebas médicas supone



una grave consecuencia para la ejecución del proyecto y (iv) la implantación de un portal nuevo ("Xero Portal") va a dificultar la integración y hay un proceso de identificación por resolver que no se explica en la oferta.

c) El Acuerdo de adjudicación es nulo de pleno derecho por cuanto que la oferta de AGFA debió ser excluida por no cumplir con el umbral mínimo exigido en los pliegos en vista de que debió ser puntuada con 0 puntos debido a los incumplimientos de las prescripciones técnicas en los que incurre.

d) A la vista de lo señalado en la cláusula específica 22.3.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), la oferta de AGFA se halla incurso en presunción de anormalidad. Sin embargo, el poder adjudicador ni ha identificado la oferta como tal ni ha tramitado el procedimiento para su verificación.

e) Finalmente, se solicita anular y dejar sin efecto la Resolución de adjudicación a fin de que se retrotraigan las actuaciones y se proceda a (i) excluir la oferta de AGFA por el incumplimiento de las previsiones de los pliegos y, en consecuencia, declarar adjudicatario a INEHEALTH, (ii) subsidiariamente a lo anterior, la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor a fin de proceder a no admitir la oferta de AGFA por no alcanzar el umbral mínimo de 25 puntos y declarar adjudicataria a INEHEALTH y (iii) subsidiariamente a la anterior, la retroacción de actuaciones al momento de la apertura de la oferta económica y se requiera a AGFA para justificar la viabilidad de la oferta incurso en temeridad.

SÉPTIMO: Apreciaciones de AGFA

AGFA, adjudicatario impugnado, alega lo siguiente:

a) La oferta de AGFA cumple con las prescripciones técnicas cuestionadas: En concreto,



- En el apartado de la oferta 2.5 “Matriz de cumplimiento de requisitos técnicos” (páginas 29 a 31) se especifica el cumplimiento y disponibilidad de la prescripción exigida en el apartado 2 del Pliego de prescripciones técnicas (PPT). En lo que respecta al “widget embebido” no es un requisito mínimo sino una opción que otorga el pliego, ya que también puede realizarse de forma directa.
- La recurrente cuestiona que la solución “Xero portal” sea una solución integrable, sin embargo, la funcionalidad e importación de CD/DVD DICOM está incluida en la propuesta de AGFA, donde se incluyen las APIs para integración (página 22 de la oferta técnica).
- La referencia a la funcionalidad como front-end solo se comenta de modo ilustrativo, para ampliar el conocimiento de los técnicos del organismo sobre el producto de AGFA, que cumple las exigencias de los pliegos e incluye mejoras respecto a estos requisitos y que en ningún caso significa que se haya recibido información ni instrucción alguna más allá de lo publicado en los pliegos.
- La oferta de AGFA contempla la integración con el PACS corporativo de Osakidetza, que actualmente es una solución de AGFA. No obstante, si los sistemas corporativos de Osakidetza sufrieran algún cambio durante la prestación del servicio, el adjudicatario estará obligado a adaptar su solución al nuevo entorno. Además, los pliegos no exigen que las propuestas deban ser estrictamente del mismo sistema. A mayores, el PPT no exige como requisito obligatorio la implantación y copia de imágenes en la nube.
- AGFA considera imprescindible el control de calidad para promover el máximo nivel de seguridad posible.
- Se cumple con el requisito de que la solución disponga de mecanismos técnicos de gestión de solicitud del apartado 2.2. del PPT. En todo caso, una posible ambigüedad de la oferta sobre este extremo no podría dar lugar a la exclusión por no ser un incumplimiento expreso y claro.
- A pesar de que el PPT no especifica ninguna forma concreta de visualización y control del número de accesos de los pacientes a sus pruebas, la oferta de AGFA HEALTHCARE SPAIN, S.A.U., permite esta



monitorización a través de la información contenida en los logs registrados por la solución (página 34 de la oferta).

b) El informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación basados en juicios de valor entra al detalle de cada aspecto a valorar, justificando y motivando las puntuaciones otorgadas, lo que no puede generar ninguna suerte de indefensión ni vulnerar el derecho a la defensa de los intereses de la recurrente.

OCTAVO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador expone los siguientes argumentos:

a) Ninguna norma legal o reglamentaria impide que una misma empresa pueda ser adjudicataria de más de un único contrato, con lo que se evidencia que el argumento de la ventaja competitiva está sobredimensionado.

b) En lo que respecta a la previsión del número de accesos de los pacientes a sus pruebas médica, en el Informe de Juicios de Valor consta que “la oferta no presenta el cumplimiento de este requisito”. Sin embargo, al haberse realizado la valoración de la descripción del diseño de la solución de manera conjunta, se desconoce la puntuación concreta de este concepto, si bien se puede pensar que es cercana a un punto por analogía con el hecho de que en este epígrafe constan 18 puntos. Consecuentemente, en el supuesto de que se eliminara de la valoración este punto, o incluso 2, AGFA seguiría superando la nota de 25 puntos de umbral mínimo.

c) El Informe de juicios de valor menciona en su página 7 que AGFA propone la posibilidad de subir documentos e imágenes médicas mediante un desarrollo personalizado de la solución Xero portal. Teniendo en cuenta que el PPT señala que dicha funcionalidad se puede efectuar bien directamente o integrado en portal del paciente, se considera que se da cumplimiento a esta prescripción, sin que INEHEALTH cite donde se constata el incumplimiento de dicha posibilidad.



d) INEHEALTH considera que AGFA debió ser valorada con 0 puntos en el criterio “Descripción del diseño de la solución” y, por tanto, excluida por no llegar al umbral mínimo de puntuación. Sin embargo, los únicos argumentos que utiliza para solicitar dicha puntuación son los aportados para la exclusión por incumplimiento de prescripciones técnicas y no cabe hablar de dicho incumplimiento.

e) No existe automatismo en la apreciación de la baja. La cláusula 22.3.1 del PCAP señala que “Podrán ser consideradas como ofertas con valores anormales o desproporcionados (...)”. Para entender el automatismo que refleja el recurso espacial en los pliegos debería haber escrito “Serán consideradas como ofertas con valores anormales (...)”.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea que la oferta de AGFA incumple las prescripciones del PPT lo que debiera conllevar su exclusión. Además, alega que, hallándose esta oferta en presunción de baja anormal, no se ha instruido el procedimiento pertinente.

Examinado el expediente de contratación y las alegaciones de las partes interesadas las apreciaciones de este OARC / KEAO al respecto son las siguientes:

a) Sobre la exclusión de la oferta de AGFA por incumplimiento de los pliegos

Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

- a 1) Doctrina general sobre la apreciación del incumplimiento de los pliegos por las ofertas de los licitadores



Tal y como ha expuesto reiteradamente este Órgano (ver, por todas, su Resolución 73/2023, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 29/11/2021, nº 1392/2021, ECLI:ES:TS:2021:4369 y la jurisprudencia anterior que cita), no es necesario que las ofertas acrediten expresamente el cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas del contrato porque la mera presentación de la proposición ya supone el acatamiento de la documentación contractual, según el artículo 139.1 de la LCSP. No obstante, cabe la exclusión de una oferta cuando

- (i) no incluya la acreditación, solicitada expresamente por los pliegos, del cumplimiento de una prescripción, o
- (ii) cuando su contenido se oponga frontalmente a dichos pliegos.

a 2) Sobre el objeto del contrato

Se trata de un contrato de servicios cuyo objeto consiste en el desarrollo de una plataforma tecnológica que, con el objetivo de mejorar y facilitar el circuito de intercambio de estudios médicos, garantice la seguridad en el acceso, comunicación y portabilidad de los registros médicos y las imágenes entre los profesionales médicos y el paciente (cláusula específica 1 del PCAP). El PPT (último párrafo de la cláusula 1) describe el proyecto como “(...) llave en mano, esto es, que deberá incluir lo necesario hasta la correcta puesta en marcha de la plataforma.”, o como se especifica en la cláusula específica 12.2.6 del PCAP “(...) la empresa adjudicataria (...) deberá aportar todas las prestaciones y servicios que sean necesarios, excepto aquellos que de forma explícita se hayan establecido como fuera del alcance del contrato.” A este respecto, debe señalarse que el PPT permite que los licitadores puedan presentar la solución tecnológica que consideren más adecuada siempre que se ajuste a una serie de funcionalidades, entre las que se encuentran las debatidas, y se integre y adapte a diversos sistemas corporativos (cláusula 2 del PPT).

a 3) Sobre la oferta de AGFA



Son varios los incumplimientos que se achacan a la propuesta de la plataforma de compartición de imágenes clínicas que oferta AGFA:

- (i) El PPT en su cláusula 2.2. solicita “Incorporar la posibilidad de que el sistema que (SIC) también permita la subida de documentos e imágenes médicas por parte del paciente, bien directamente o integrado en portal de paciente mediante un componente (widget) embebido.” En la oferta de AGFA contenida en el apartado 5 Matriz de cumplimiento del documento denominado “Sobre C-Expediente nº 2022/02739 Resumen Ejecutivo”, consta la siguiente información “Mediante un desarrollo personalizado en la solución Xero Portal, será posible subir documentos o directorios DITCOM a la plataforma de compartición. Para que, tras una tarea de QC, esa información pueda acabar incorporándose a la historia del paciente en el PACS/RIS:” La crítica efectuada a esta oferta se basa en que se trata de una mera propuesta que requiere de un desarrollo posterior. No obstante, a juicio de este Órgano resulta claro y transparente que se está ofertando una solución que incluye el cumplimiento de la prescripción debatida. La necesidad de que requiera de un desarrollo personalizado no implica un incumplimiento de las prescripciones técnicas las cuales además de no descartar esta posibilidad, prevén como una de las fases del servicio la de “Configuración de la plataforma, hardware y software, así como todas las adaptaciones e integraciones que resulten necesarias” (cláusula 10.1.2 del PPT). No se debe olvidar que nos hallamos ante un contrato de servicios definido como “llave en mano” que exige del adjudicatario la realización de todos los trabajos necesarios para la instalación y puesta en marcha de la plataforma solicitada.
- (ii) Se afirma que “Xero portal” no es una solución integrable, lo cual es una mera alegación sin que el recurrente ofrezca ni la más mínima prueba al respecto, limitándose únicamente a verter una sospecha al respecto al afirmar que “el PPT solicita una solución integrable, no pareciendo que la aplicación “Xero Portal” lo sea”. A este respecto, ha de 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 (ver, en este sentido la Resolución 74/2018 del OARC / KEAO).

- (iii) Se alega que la posibilidad de ofertar “front end” no figura en los pliegos. No obstante, ello no implica un incumplimiento de una prescripción técnica y, de hecho, la recurrente tampoco concreta a qué prescripción se opone directa o indirectamente esta oferta.
- (iv) El hecho de que la solución propuesta por la adjudicataria proponga la integración con el portal de visualización y compartición interna de imágenes que dispone actualmente Osakidetza tampoco implica un incumplimiento del PPT, que no lo impide, y que, por otra parte, obliga a la integración con numerosos sistemas de Osakidetza. La circunstancia de que AGFA sea el proveedor de la actual plataforma de compartición interna de imágenes tampoco la inhabilita a presentar una solución basada en ella por las razones desarrolladas en el apartado c) 2) de este Fundamento Jurídico.
- (v) Se recurre que AGFA no especifica cómo su solución permite compartir de un modo seguro la imagen, es decir, se denuncia su mera omisión. No obstante, este extremo, sí que consta en la matriz de cumplimiento en el apartado correspondiente a “Gestión de solicitud”. En lo que respecta a la solicitud de exclusión de la oferta por no contener el PIN con doble factor de autenticación, el hipotético incumplimiento se basa en la “(...) falta de previsión expresa y detallada del modo de compartir de forma segura los datos sanitarios del paciente”, esto es, en una generalidad de la oferta de la cual no se puede desprender un incumplimiento expreso de la prescripción.
- (vi) Se recurre que la propuesta no permite ver o controlar el número de accesos de los pacientes a sus pruebas (Dashboard). En la oferta



de AGFA que consta en la matriz de cumplimiento se afirma que Xero Portal permite la extracción de logs sobre los estudios compartidos por un usuario. Esta afirmación no se opone frontalmente a la prescripción técnica debatida, sino que se limita a resaltar una de las características de la propuesta, el registro y examen de los eventos o acciones que afectan a un archivo compartido, sin que de ella se pueda extraer la conclusión de que no sea posible extraer la información requerida en los pliegos.

En resumen, de lo especificado en los apartados (i) a (vi) anteriores se desprende que determinados contenidos de la oferta de AGFA no concretan algunos aspectos del PPT, pero no se oponen abierta y expresamente a las prescripciones solicitadas por lo que no cabe la exclusión por esta razón.

b) Sobre la exclusión de AGFA por no cumplir con el umbral mínimo exigido en los pliegos

La recurrente pretende que este Órgano “(...) imponga necesariamente la valoración del apartado “Descripción del diseño de la solución” valorado en 0 puntos para la oferta de AGFA”, basándose en los incumplimientos del PPT que forman parte de la motivación de dicho criterio de adjudicación. A este respecto, considera que se ha infringido el principio de igualdad de trato porque tanto la recurrente como la adjudicataria han obtenido la misma puntuación (1 puntos) a pesar de que en la motivación de la oferta de la segunda se manifiesta que incumple el PPT.

Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión de la recurrente son las siguientes:

b 1) Doctrina general sobre la discrecionalidad técnica en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 092/2021) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder



adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y, lo que es especialmente importante en este caso, expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás. Consecuentemente, la mera descripción o enunciación de algunas de las características de las ofertas, sin emitir juicio de valor alguno, no constituye la motivación legalmente exigida en el artículo 151.2 de la LCSP porque no se refleja el razonamiento que ha seguido el órgano técnico al valorar las distintas proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 83/2015 del OARC / KEAO).



b 2) Aplicación de la doctrina general al supuesto analizado

Aplicada la doctrina señalada anteriormente, este Órgano considera que el recurso debe ser estimado en lo que concierne a este motivo de impugnación, si bien con los efectos que se manifiestan en el apartado e), por las siguientes razones:

- 1) Revisado el informe técnico que sustenta la adjudicación en lo que se refiere al criterio de adjudicación debatido, se observa que el evaluador efectúa inicialmente una calificación de la oferta realizada por cada una de las licitadoras (presenta un nivel de detalle adecuado o (inadecuado) a la descripción del contenido de la solución) para, a continuación relacionar un total de 18 prescripciones técnicas (ítems) consignando como motivación si “La oferta presenta el cumplimiento de este requisito” o, por el contrario, si “La oferta no presenta el cumplimiento de este requisito”. Dejando a un lado, por no haber sido impugnado, el hecho de que el evaluador no ha efectuado una comparación de las ofertas, sino que se ha limitado a constatar si presentan el cumplimiento de determinadas prescripciones técnicas (ver la Resolución 117/2019 de este OARC / KEAO), se observa que la oferta de AGFA obtiene 18 puntos sobre un total de 20, constando en el Informe que dicha oferta no presenta el cumplimiento como se indica en el PBT del requisito de “Seguimiento y administración, la solución tiene que disponer los mecanismos técnicos para controlar los accesos (Dashboard), bloqueos” y, la oferta de la recurrente obtiene igualmente 18 puntos sobre 20, tras constatarse el cumplimiento de los 18 ítems analizados.
- 2) El principio de igualdad de trato obliga a que en la evaluación de las ofertas los criterios de adjudicación deban aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (STJUE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00, SIAC Construction, ECLI:EU:C:2001:55, apartado 44), lo que se incumple en el supuesto que nos ocupa en el que, sobre la base de una motivación basada exclusivamente en la justificación o no en la oferta a evaluar del cumplimiento de 18 determinadas prescripciones técnicas



(items), se valora con la misma puntuación dos ofertas (18 puntos), a pesar de que a juicio del evaluador, una de ellas no ha justificado el cumplimiento de una de las prescripciones y de otra, “Incorporar la posibilidad de que el sistema también permita la subida de documentos e imágenes médicas por parte del paciente”, no concreta si se ajusta o no.

- 3) El efecto de la estimación de este motivo de impugnación se analiza en el apartado e) de esta Resolución. No obstante, la conclusión del apartado 2) no puede ser que la oferta de AGFA sea valorada en 0 puntos, pues conforme a la motivación del informe de valoración justifica casi la totalidad de los 18 items analizados.

c) Sobre la ventaja competitiva de AGFA

Alega la recurrente que AGFA cuenta con una ventaja competitiva ya que, en vez de montar su sistema y copiar las imágenes a la nube (tal y como solicita el pliego), estaría utilizando la infraestructura del PACS que, en este caso, es de dicho proveedor.

Este argumento ha de ser descartado. Por las siguientes razones:

- 1) El PPT configura “la nube” como una alternativa, no como una prescripción técnica de obligado cumplimiento. Esta conclusión se extrae de la literalidad de la cláusula 6.1. Suministro de la plataforma en la que se especifica que la solución a presentar por los licitadores “requiere una gran flexibilidad respecto a las infraestructuras y componentes software necesarios, por ello la totalidad de las herramientas, plataformas, infraestructuras y solución podrán ser proporcionadas en la nube por la empresa adjudicataria en modo servicio.”
- 2) El recurrente alega una diferencia ventajosa en favor del AGFA por ser la proveedora de la plataforma de compartición interna de imágenes. Para estimar el motivo de recurso habría que probar además que se trata de una ventaja ilegítima y no de una ventaja imputable en exclusiva a su condición de proveedor de Osakidetza. El OARC / KEAO se ha



pronunciado en varias ocasiones sobre la hipotética ventaja de los proveedores de bienes y servicios de contratos precedentes al que se licita, situación análoga a la que nos ocupa. Así, la Resolución 018/2015 establece que «el principio de igualdad, entendido como idéntico trato a los operadores económicos, no obliga a que los poderes adjudicadores hagan un esfuerzo por borrar las diferencias entre ellos derivadas de sus distintas características como unidades productivas, diferencias que no dependen de la configuración del contrato o las bases de la licitación, sino que son connaturales a la existencia de un mercado de oferentes de bienes y servicios en régimen de libre competencia»; en la misma línea, la Resolución 006/2016 establece que la condición de anterior adjudicatario es una ventaja inherente de facto y su efecto no es excluir al licitador que goza de ella, pues no hay ningún precepto legal que contenga esta prohibición para contratar. No obstante, la misma Resolución añade que la ventaja sería ilegítima si, por ejemplo, en los pliegos figurara “una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario”.

- 3) Aplicado lo señalado en el apartado 2) al supuesto que nos ocupa, se observa que el recurrente ha gozado de la información suficiente para presentar una oferta competitiva. De hecho, la solución a proponer es independiente y no tiene que basarse en el sistema de digitalización de radiología actualmente utilizado por Osakidetza, si bien los pliegos tampoco se oponen a una solución basada en la plataforma actualmente en funcionamiento, y la valoración de la oferta en el criterio de adjudicación debatido únicamente se ha centrado en examinar si se justificaban las prescripciones contenidas en los pliegos.

d) Sobre la presunción de anormalidad de la oferta de AGFA

El recurrente considera que la oferta de AGFA se halla incurso en presunción de anormalidad porque su oferta de 259.998,89 € supone una rebaja del 28,39% de la mediana de las ofertas presentadas.

El parámetro de anormalidad que figura en el PCAP es el siguiente:



22.3.- Ofertas anormalmente bajas: Sí

22.3.1.- En cuanto al precio: Sí

Parámetros objetivos que permiten apreciar su carácter anormal: Podrán ser consideradas como ofertas con valores anormales o desproporcionados en aquellas que supongan una rebaja superior al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de la mediana de las ofertas recibidas. Osakidetza requerirá al licitador para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma. Osakidetza una vez analizada la justificación, podrá excluirlas del procedimiento o admitirlas y en este último supuesto podrá exigir la previa presentación o constitución de garantías suficientes que permitan asegurar la correcta ejecución del contrato, caso de resultar adjudicatarios. Las citadas garantías serán determinadas por Osakidetza y podrán consistir en la constitución de aval a primer requerimiento de entidad financiera o la retención de un porcentaje del precio, a determinar por Osakidetza, hasta la ejecución total del contrato

22.3.2.- En cuanto a la oferta considerada en su conjunto: No procede

El recurso ha de ser estimado en este punto por las siguientes razones.

- 1) En efecto, tal y como alega la recurrente, la mediana de las ofertas presentadas es de 363.108,60 € y la oferta de AGFA supone un porcentaje de baja del 28,40 por ciento sobre la mediana.
- 2) No puede prosperar la alegación del poder adjudicador de que el umbral de temeridad es facultativo para el órgano de contratación. Téngase en cuenta que la cláusula 22.3 del PCAP establece el modo de cálculo de un umbral de anomalía constitutivo de una oferta anormalmente “baja” y que la fiabilidad de la oferta de AGFA resulta conforme a dicho umbral, a priori, dudosa, por lo que el poder adjudicador está obligado a verificar la oferta (ver, en este sentido la STJUE de 15 de septiembre de 2022, asunto C-669/20, ECLI:EU:C:2022:684). Consecuentemente, resultaba necesario dar a AGFA la posibilidad de demostrar la seriedad de su oferta, exigiéndole las precisiones que considere oportunas al objeto de, tras valorar la pertinencia de la información facilitada, tomar la decisión de admitir o rechazar la oferta.



e) Conclusión

De acuerdo con todo lo expuesto en el apartado b) anterior, el recurso debe estimarse en el sentido de anular la exclusión recurrida. En principio, ello supondría la retroacción de actuaciones para que se procediera a una nueva valoración de la oferta de AGFA. Sin embargo, tal consecuencia no es posible en este caso porque este OARC / KEAO se encuentra con que, por un lado, desconoce cuál hubiera sido el peso relativo exacto de la característica erróneamente apreciada en el conjunto de la valoración, habida cuenta que el Informe de valoración no expresa cual ha sido el método de valoración utilizado ni cabe de la motivación utilizada concluir cuál es el desglose de las puntuaciones otorgadas y su relación con el contenido de la oferta, de modo que no se puede deducir inequívocamente qué puntuación corresponde a AGFA. A este respecto, es de resaltar que la ponderación relativa del criterio debatido es de 20 puntos, que el informe de valoración no analiza en todos los casos 18 ítems (en la oferta de DEUSTO SEIDOR analiza 19), ni en la valoración de todas las ofertas la puntuación se corresponde con el número de ítems justificados. Consecuentemente, debe cancelarse la licitación. Este efecto de la disposición no agrava la situación inicial del recurrente (artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), que mejora su situación al pasar de ser un licitador no adjudicatario a poder presentar una proposición en una previsible nueva licitación, y tampoco infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque, a pesar de que el recurso no solicita la cancelación, ésta viene impuesta por la estructura con la que la LCSP ha configurado el procedimiento de adjudicación, que impide la efectividad de la retroacción (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por INEHEALTH TEAM SL contra la adjudicación del contrato “Contratación de una plataforma, implantación y puesta en funcionamiento en Osakidetza para la compartición de estudios de imagen medica con el paciente”, tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado y cancelándose la licitación.

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

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

TERCERO: 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, 2023ko azaroa 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de noviembre de 2023