



EB 2020/134

Resolución 166/2020, de 3 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALCON HEALTHCARE, S.A.U. contra la adjudicación del Lote 5 del contrato “Suministro de implantes y fungibles asociados a cirugía de catarata con cesión de equipamiento para la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de septiembre de 2020, la empresa ALCON HEALTHCARE, S.A.U. (en adelante, ALCON) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del Lote 5 del contrato “Suministro de implantes y fungibles asociados a cirugía de catarata con cesión de equipamiento para la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El citado recurso fue remitido al poder adjudicador el día 24 de septiembre, recibándose el día 25 en el registro del OARC / KEAO 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).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 7 de octubre, se han recibido con fecha 15 de octubre las alegaciones de la empresa BAUSCH & LOMB, S.A. (en adelante, BAUSCH), adjudicataria impugnada.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora, y la representación de F.X.B.P., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP 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: Argumentos del recurso

En resumen, los argumentos del recurso son los que siguen:

a) La recurrente acreditó fehacientemente y en base a lo exigido en el PCAP el porcentaje de trabajadores con discapacidad con el que cuenta en plantilla, ya que envió como documentación acreditativa para la aplicación de los criterios de desempate la Resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal sobre Solicitud de Declaración de Excepcionalidad y Adopción de medidas alternativas, para el cumplimiento de la cuota de reserva en favor de los Trabajadores con discapacidad, expedida por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. En dicha resolución la empresa declara tener tres discapacitados en plantilla de un total de 263 trabajadores contratados. El hecho de no haber presentado el porcentaje de trabajadores con discapacidad sobre el total, no puede ser causa suficiente para que dicho documento no haya sido tenido en cuenta, pues se trata de aplicar una sencilla operación matemática.

b) Finalmente, solicita la anulación de la resolución de adjudicación con retroacción de actuaciones hasta el momento de la valoración del documento acreditativo presentado por la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de BAUSCH

Por su parte, la adjudicataria impugnada se opone al recurso con los argumentos que, de forma resumida, se exponen a continuación:

a) La recurrente incumplió la obligación de aportar los datos para el desempate en porcentajes, tal y como lo exigen los pliegos.

b) Por otro lado, la documentación aportada por la recurrente no es válida para acreditar los extremos requeridos, ya que no cumple con el requisito clave establecido en la cláusula 19 del PCAP y referido dicho porcentaje, que es estar



referido al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas, pues el documento no acredita en ningún momento cuál es la relación de trabajadores discapacitados en la fecha requerida.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso por las siguientes razones:

- a) El poder adjudicador solicitó de forma expresa y detallada la declaración de los porcentajes relativos a los criterios de desempate para así garantizar plenamente los datos acreditados por las empresas tanto en cuanto a su porcentaje como en su vigencia en el momento de la licitación.
- b) Que la empresa recurrente presentó un documento que no reflejaba dichos porcentajes y con una mera declaración de que la empresa contaba con personal discapacitado. No es hasta después de la resolución de adjudicación cuando la recurrente comunica el porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad existentes en su plantilla.
- c) Sin embargo, la empresa adjudicataria aportó y acreditó todos los datos requeridos, por lo que el empate se dirimió en su favor.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La única cuestión que se debate en el recurso es si la documentación presentada por la recurrente con el objeto de deshacer el empate en la puntuación global entre ambos licitadores es válida o no. El análisis de la pretensión del recurso debe partir del contenido de las cláusulas relevantes de los pliegos, que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma.

CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL EXPEDIENTE

23.- CRITERIOS ESPECÍFICOS DE DESEMPATE: se establecen los siguientes:



Las relacionadas en cláusula 19 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Documentación a aportar en caso de empate: Relación de trabajadores en plantilla de la licitadora con reflejando las situaciones que se establecen en la cláusula 19 PCAP.

PCAP

19.- CRITERIOS DE DESEMPATE.

En defecto de la previsión en la cláusula 23 de cláusulas específicas del contrato, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

- a) Mayor porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las licitadoras, primando en caso de igualdad, el mayor número de personas trabajadoras fijas con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.
- b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las licitadoras.
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las licitadoras.
- d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

A efectos de aplicación de estos criterios las licitadoras deberán acreditarlos, en su caso, mediante los correspondientes contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social y cualquier otro documento admitido en derecho que acredite los criterios sociales anteriormente referidos.

Debe observarse que la redacción del apartado 23 del Cuadro de Características y la del punto 19 del PCAP no son totalmente coincidentes en cuanto a la documentación que debe aportarse para acreditar los criterios de desempate. Mientras el primero se refiere a la “Relación de trabajadores en plantilla de la licitadora reflejando las situaciones que se establecen en la cláusula 19 PCAP”, el segundo se refiere a “los correspondientes contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social y cualquier otro documento admitido en derecho que acredite los criterios sociales anteriormente referidos”. A juicio de este Órgano, la discrepancia debe salvarse por vía interpretativa en favor de la regulación establecida en el Cuadro de Características por dos razones. En primer lugar, el propio punto 19 del PCAP parece señalar que su contenido debe aplicarse solo en ausencia de mención al respecto en el apartado 23 del Cuadro de Características, el cual ya prevé la acreditación mediante una relación; en segundo lugar, este OARC / KEAO ha



indicado que, en caso de contradicción, ha de darse preferencia a lo dispuesto en la parte específica de los pliegos frente a lo que establezca la parte de los mismos que responda a un documento tipo o estandarizado (ver su Resolución 136/2018), ya que, en principio, debe entenderse que refleja con más fidelidad la voluntad contractual del poder adjudicador para el caso concreto que regula. Consecuentemente, el adjudicatario impugnado ha acreditado correctamente el porcentaje de personas en plantilla pertenecientes a los colectivos mencionados en la descripción de los criterios de desempate. Sin embargo, el recurrente no ha aportado la documentación probatoria exigida, pues ha presentado un documento que nada tiene que ver con el procedimiento de licitación en el que el órgano administrativo que tramita el procedimiento menciona que hay una declaración de la propia empresa en la que se indica que posee tres trabajadores discapacitados. Por otra parte, dicho documento no cumple con el requisito de que dichos datos deben referirse al momento de finalización del plazo de presentación de oferta, pues al no haberse adjuntado ninguna otra documentación actualizada, el número de trabajadores con discapacidad en relación con la totalidad de la plantilla ha podido variar sustancialmente desde la fecha de solicitud de dicho documento (12/02/19), por lo que no queda acreditado de ninguna manera cuál es esa relación a fecha de del plazo de presentación de ofertas. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALCON HEALTHCARE, S.A.U. contra la adjudicación del Lote 5 del contrato “Suministro de implantes y fungibles asociados a cirugía de catarata con cesión de equipamiento para la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación en lo concerniente al Lote 5.

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, 2020ko abenduaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de diciembre de 2020