



**EB 2018/147**

**Resolución 179/2018, de 13 de diciembre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa EKOLEDs INNOVATIONS, S.L. en el procedimiento de resolución del recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos que han de regir el contrato de “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público en Villabona”, tramitado por el Ayuntamiento de Villabona.**

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

**PRIMERO:** Con fecha 16 de octubre de 2018, la mercantil EKOLEDs INNOVATIONS, S.L. (en adelante, EKOLEDs) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recurso 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 los pliegos del contrato de “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público en Villabona”, tramitado por el Ayuntamiento de Villabona.

**SEGUNDO:** El mismo día 16 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). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO, entre los días 18 de octubre y 13 de noviembre.

**TERCERO:** Mediante la Resolución B-BN 031/2018, de 6 de noviembre, este OARC/KEAO decidió adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**CUARTO:** No constan en el expediente otros interesados al margen del poder adjudicador y la recurrente.

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

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.A.R., 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.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, el Ayuntamiento de Villabona 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 argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

- a) La exigencia que figura en el apartado 1.2.4. de la cláusula 1.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) relativa a la solvencia técnica y consistente en que el ingeniero que debe dedicarse al contrato, además de la titulación y experiencia correspondiente, deba poseer el título acreditativo del nivel C1 de euskera, es discriminatoria y no razonable. Además, infringe el artículo 76.3 de la LCSP y colisiona con los principios de libertad de empresa y concurrencia competitiva.
- b) La visita obligatoria de las instalaciones por parte de los licitadores es un criterio de discriminación territorial además de innecesaria, ya que en los pliegos publicados se facilita toda la información necesaria para realizar la oferta.
- c) Finalmente, solicita la anulación de las cláusulas impugnadas y que se ordene la cancelación de la licitación.

## **SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador**

Por su parte, el poder adjudicador resumidamente alega lo siguiente:

- a) La exigencia de que el técnico ingeniero responsable del servicio frente al Ayuntamiento deba poseer el título acreditativo del nivel C1 de euskera obedece a que dicha persona estará en permanente contacto con los servicios técnicos municipales, además de que tendrá que emitir informes por escrito al menos mensualmente. El servicio debe ser prestado respetando las normas de funcionamiento interno del Ayuntamiento, en consonancia con los criterios recogidos en el Plan del Euskera en vigor aprobado por la Corporación de Villabona. Por otro lado, la Ley de Instituciones Locales de Euskadi exige en su artículo 7 que los contratos celebrados por las entidades locales incluyan las cláusulas que sean precisas en cada supuesto para que los servicios públicos

que se ejecuten por terceros se presten en condiciones lingüísticas equivalentes a las que sean exigibles a la administración titular del servicio.

b) La obligatoriedad de realizar la visita a las instalaciones se trata de una cautela con el fin de que los licitadores puedan formular con más acierto sus ofertas técnicas y económicas.

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

Como puede advertirse dos son las cuestiones debatidas: la primera, la exigencia como criterio de solvencia de que el técnico responsable del contrato posea el título acreditativo del nivel C1 de euskera; y la segunda, la obligatoriedad de girar visita a las instalaciones objeto del contrato para formular las proposiciones. A continuación, se expresan las apreciaciones de este Órgano al respecto.

##### **a) Sobre el título acreditativo del nivel C1 de euskera como requisito de solvencia exigido por los pliegos**

###### **a.1) Jurisprudencia y normativa**

Sobre esta materia, debemos comenzar señalando que la STS (sección 4.<sup>a</sup>) de 14 de febrero de 2017, ECLI: ES:TS:2017:512, declaró que: (i) la ordenanza municipal, como instrumento de planificación de los objetivos de normalización del uso del euskera fijados por la Comunidad Autónoma, goza de plena cobertura legal y reglamentaria; (ii) desde el punto de vista de la contratación administrativa la entidad local posee también competencia para aprobar la ordenanza municipal, sin perjuicio de la normativa estatal básica y las normas de desarrollo que pueda emanar la Comunidad Autónoma Vasca; y (iii) las determinaciones de la ordenanza podrían haberse incorporado, directamente en el clausulado de cada pliego de condiciones administrativas particulares aplicable a cada contrato ex artículo 115 texto refundido LCSP (artículo 122 de la LCSP), luego si se ha hecho en una norma general, aplicable a esos contratos, y no contrato a contrato, se gana en certeza y se da seguridad jurídica.

Sentado lo anterior, debemos acudir al caso que nos ocupa para contrastar el ajuste a la legalidad de la cláusula controvertida. Así, el concreto apartado 1.2.4. de la cláusula 1.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) relativa a la solvencia técnica, dice lo siguiente:

(...) Dedicar al presente contrato, al menos, un ingeniero de grado medio o superior con experiencia mínima de 3 años en mantenimiento y gestión de instalaciones eléctricas, que se acreditará mediante la titulación académica y correspondientes certificados de empresa, así como de la plantilla suficiente para responder de este contrato. Deberá poseer además, título acreditativo del nivel C1 de euskara.

Por su lado, el artículo 74.2 de la LCSP dispone que Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo, y el artículo 76.2 de la LCSP señala que Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

La ordenanza municipal para la normalización del uso del euskara en el municipio de Villabona, en su preámbulo señala que El euskara debe ser el idioma de trabajo normalmente utilizado en la actividad municipal de Villabona y a tal efecto, en su artículo 3 dispone que el objetivo de formación del Ayuntamiento de Villabona y de las Instituciones es el de (...) formar servicios administrativos euskaldunes a base de empleados, funcionarios y contratos euskaldunes y, a tal fin se prevé una planificación de la formación de cinco años cuyo objetivo será que (...) el euskara sea idioma de servicio en todos los departamentos del Ayuntamiento

Por su parte, la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (en adelante, LILE) en su artículo 6, bajo el epígrafe de Lengua oficial de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dispone que.

1. El euskera, lengua propia del País Vasco, es, como el castellano, lengua oficial de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y, como tal, será lengua de servicio y lengua de trabajo de uso normal y general en sus actividades, garantizando en todo caso el ejercicio efectivo del derecho de los ciudadanos y ciudadanas a escoger la lengua oficial en la que se relacionan con los entes locales y el correlativo deber de estos de atenderles en la lengua escogida, adoptando con tal fin las medidas necesarias.

Por su parte, el artículo 7.8 de la LILE, relativo a Competencias de las entidades locales y de los municipios respecto al uso del euskera, señala lo siguiente:

(...)

8. A fin de que los derechos lingüísticos de los ciudadanos y el cumplimiento de la regulación de oficialidad lingüística del euskera y el castellano no sufran menoscabo alguno por la prestación del servicio mediante alguno de los modos de gestión indirecta admitidos por la legislación vigente, los contratos celebrados por las entidades locales incluirán las cláusulas que sean precisas en cada supuesto, de modo que en los servicios públicos que se ejecuten por terceros:

- a) El objeto del contrato cumpla con la legislación lingüística que le resulta aplicable por su propia naturaleza y por las características de la entidad local titular del servicio.
- b) Los ciudadanos sean atendidos en la lengua oficial que elijan.
- c) El servicio se preste en condiciones lingüísticas equivalentes a las que sean exigibles a la administración titular del servicio.

#### a.2) Consideraciones

A partir de la normativa y jurisprudencia de aplicación debemos constatar lo siguiente:

- 1) El objeto del contrato es la contratación de los servicios energéticos y mantenimiento con garantía total de las instalaciones de alumbrado exterior público, alumbrado de navidad e instalaciones semafóricas pertenecientes al Ayuntamiento. La empresa contratada será la responsable de la ejecución de las prestaciones, de relacionarse con el Ayuntamiento y la elaboración de informes periódicos, limitándose el Ayuntamiento a disponer de la estructura técnica de supervisión para establecer los planes, coordinar los trabajos, controlar las realizaciones y, en general, verificar y

asegurar que las prestaciones estén en condiciones de satisfacer sus exigencias.

- 2) Las empresas contratistas no tienen el mismo derecho que tienen los ciudadanos a escoger libremente la lengua de su elección en la prestación del servicio o suministro que se les ha encomendado cuando en su ejecución se tengan que relacionar con el poder adjudicador que ha adoptado medidas de uso del euskera en su funcionamiento “ad intra” o cuando existan obligaciones de respeto del derecho de opción de los usuarios, y estas sean proporcionales. Debemos añadir, como señala el informe 1/2016, de 29 de febrero de 2016 de la Comisión permanente de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa de Euskadi, que la relación entre el personal de la contrata encargado de ejecución del contrato y la Administración contratante no es una relación de sujeción general, ni dicho personal actúa en ejercicio de los derechos que corresponden al ciudadano como tal, sino en el marco de una relación contractual de sujeción especial regida por las especiales normas y pactos establecidos por ambas partes para dicha relación, siempre que se respete lo establecido en la LCSP.
- 3) La solvencia que se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata pretende garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin, respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación; de ahí que la norma exija que los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. No debemos olvidar que la configuración del objeto del contrato pertenece al ámbito de la discrecionalidad del órgano de contratación. En el presente caso la solvencia denunciada está vinculada a alguno de los cometidos a llevar a cabo mediante el contrato, en concreto, el de relacionarse con el Ayuntamiento y la elaboración de informes periódicos. Analizado el expediente, se observa que en él no consta la justificación adecuada del

criterio de solvencia recurrido, como establece el artículo 116.4 c) de la LCSP. Sin embargo, debe recordarse que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que delimita con claridad los términos del debate jurídico.

- 4) El recurrente considera que la exigencia del conocimiento de euskera es un requisito de solvencia técnica ilegal porque es contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre concurrencia. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta es, en principio, no discriminatoria, ya que se exige para todos los licitadores y todos ellos pueden satisfacerla, incluso mediante la integración de su solvencia con medios externos (artículo 75 LCSP). También se observa que su justificación responde a un interés general, que es conseguir la promoción y normalización del euskera como idioma de trabajo y de servicio, con base en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera, la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi y la Ordenanza sobre el uso del euskera del Ayuntamiento de Villabona. Asimismo, parece adecuado acreditar una mínima solvencia lingüística, cuando dicha capacitación es necesaria para la correcta

prestación objeto de contrato (asistencia a reuniones con personal técnico y político del ayuntamiento que muy mayoritariamente se celebran en euskera, la emisión periódica de informes también en lengua vasca, e incluso relación directa con los ciudadanos en un municipio en el que el 68% de la población es euskaldun, según el informe para el periodo 2016 del Instituto Vasco de Estadística). De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito de solvencia se requiera únicamente a una persona de todo el equipo que deba ejecutar la prestación, y que dicha persona sea precisamente la que se tiene que relacionar con la administración contratante, que tiene como objetivo en materia de normalización lingüística que el euskara sea el idioma de servicio en todos los departamentos del Ayuntamiento. Igualmente, el nivel lingüístico requerido es el C1, que no es el máximo grado de competencia lingüístico contemplado en el “Marco común europeo de referencia” pero que, sin embargo, es suficiente para satisfacer los objetivos de normalización lingüístico perseguidos por el Ayuntamiento. Finalmente, que el requisito se configure como parte de la solvencia técnica y no en otra fase del procedimiento de adjudicación o de la vida del contrato es también adecuado y proporcionado; por una parte, su inserción como criterio de adjudicación no garantiza plenamente el objetivo buscado (puede resultar seleccionada una oferta que no lo satisface), y por otro lado, no parece que su inclusión como requisito de admisión exigible a los licitadores y no como condición de ejecución para el contratista sea una dificultad desmedida para presentar una proposición, habida cuenta, por ejemplo, de que para la integración de la solvencia con medios externos basta con acreditar que se dispondrá de ellos para la ejecución del contrato (artículo 75.1 de la LCSP).

- 5) En definitiva, este Órgano considera que estos requisitos y principios en la determinación de la solvencia o compromiso de adscripción de medios personales, no resultan afectados en el supuesto que se analiza, y ello por lo ya señalado en lo que se refiere a la vinculación con el objeto del contrato, así como en relación con su adecuación a la determinación de la capacitación necesaria para la ejecución de dicho objeto contractual. Por otra parte, la presentación a la licitación de varias ofertas, incluso de alguna empresa de fuera de la Comunidad Autónoma de Euskadi, supone un

indicio más que contradice la afirmación del carácter discriminatorio y limitativo de la concurrencia del referido requisito. Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

b) Sobre la visita obligatoria a las instalaciones

En síntesis, el recurrente alega que el requisito de la visita obligatoria para formular la proposición supone un criterio de discriminación territorial, además de innecesario, ya que la información aportada por el poder adjudicador es más que suficiente para realizar las ofertas. En concreto, la prescripción impugnada es la siguiente:

**Sobre A: Documentación Administrativa.**

**(...) 3.- Certificado acreditativo de que el oferente ha visitado las instalaciones.**

El Ayuntamiento habilitará fecha para la visita de las instalaciones, que se hará efectiva en cualquier fecha a partir del día siguiente a la apertura del plazo de presentación de ofertas, y que será anunciada en el perfil del contratante de la página web del organismo licitador, la visita a las instalaciones será obligatoria para los licitantes, el Ayuntamiento emitirá un certificado de asistencia a la misma.

En parecidos términos a la alegación anterior, EKOLEDs considera que nos encontramos ante un requisito de admisión de la oferta ilegal porque es contrario al principio de igualdad y no discriminación. Por ello, debemos acudir a la misma sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada en la letra a) anterior con el fin de determinar si dicha estipulación es ajustada a derecho. Al contrario que en la alegación previa, este Órgano considera que no se cumplen los requisitos para considerar que la exigencia debatida sea jurídicamente válida. Y ello, porque su aplicación puede ser restrictiva de la competencia en el sentido establecido por la sentencia referida, ya que esta medida puede ser más fácilmente cumplida por las empresas más cercanas al lugar de prestación del servicio que las más lejanas. Es cierto que puede existir un interés general que justifique la adopción de dicha medida como puede ser que las ofertas que se presenten sean serias y de una mínima calidad. Sin embargo, aun cuando facilitar la visita a las instalaciones antes de la presentación de la oferta parece una opción razonable porque propicia su

mejor elaboración y elimina o disminuye las ventajas de anteriores adjudicatarios de la misma prestación (ver la Resolución 6/2016 del OARC / KEAO), la obligatoriedad de la misma y la previsible exclusión de la proposición consecuencia de su incumplimiento (por definición, insubsanable) hacen de ella una medida desproporcionada, cuando existen medidas menos gravosas (mayor calidad y exactitud en la elaboración de las prescripciones técnicas, mayor y mejor determinación de los criterios de adjudicación, etc.) que permitirían preparar las proposiciones sin tener que realizar visita obligatoria alguna. Consecuentemente, debe concluirse que el requisito de incluir en el sobre A el Certificado acreditativo de que el oferente ha visitado las instalaciones es desproporcionado y va más allá de lo necesario para satisfacer el interés general alegado, por lo que se trata de un obstáculo injustificado a la libre competencia y debe anularse.

#### c) Conclusión

Expresadas las apreciaciones del OARC/KEAO, procede estimar parcialmente el recurso de tal forma que, el requisito relativo al certificado acreditativo de que el oferente ha visitado las instalaciones debe anularse, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP se deben anular asimismo los actos del expediente relacionados con su aprobación. Todo ello conlleva que se cancele la licitación. No obstante, si el poder adjudicador opta por iniciar una nueva licitación puede utilizar los mismos pliegos, con excepción de la estipulación anulada, pues no hay sobre ellos más tachas de legalidad.

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:** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EKOLEDs INNOVATIONS, S.L. frente a los pliegos que han de regir el contrato de “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público en Villabona”, tramitado por el Ayuntamiento de Villabona, en el sentido señalado en la letra c) del Fundamento jurídico octavo, anulando el requisito de admisión referido y cancelando la licitación.

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

**TERCERO:** De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2018ko abenduaren 13a**

Vitoria-Gasteiz, 13 de diciembre de 2018