



EB 2023/064

Resolución 131/2023, de 5 de julio, 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 VALSONS SOLUCIONES, S.L.U. frente a los pliegos del contrato de “Suministro de batas de protección biológica desechable EPI”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de marzo de 2023 ha tenido entrada 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VALSONS SOLUCIONES, S.L.U. (en adelante VALSONS o “La recurrente”) frente a los pliegos del contrato de “Suministro de batas de protección biológica desechable EPI”, promovido por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 17 el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador al que se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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), recibándose dicha documentación el día 22 de marzo.

TERCERO: El procedimiento de adjudicación se halla suspendido por la Resolución B-BN 15/2023, de 28 de marzo, de la Titular del OARC / KEAO.





CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de A.P.H., 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 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso 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

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: Alegaciones del recurso

En síntesis, los argumentos del recurso son los siguientes:

- a) La recurrente entiende, con cita de la Resolución 454/2019 del TACRC, que no cabe establecer en los pliegos condiciones especiales de ejecución que no puedan ser incluidas dentro del marco general de “consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental, social o relativa al empleo”, por lo que el régimen de uso de una u otra lengua oficial no se encontraría entre dichas circunstancias.
- b) Aun en el supuesto de que se entendiera en una interpretación más amplia que es permisible establecer condiciones especiales de ejecución que, no encajando con las anteriormente mencionadas, estuvieran vinculadas al objeto del contrato, no cabría en ningún caso su establecimiento si limitaran de forma ilegítima la concurrencia de los licitadores por resultar discriminatorias.
- c) En el presente caso, la previsión de una condición especial de ejecución que obliga al conocimiento y uso de una lengua distinta al castellano a los eventuales contratistas actúa como elemento disuasorio para la presentación de ofertas de los licitadores ajenos a la Comunidad Autónoma Vasca.
- d) El órgano de contratación ha confeccionado los pliegos otorgando una excesiva importancia (un 50% de la puntuación total) a los criterios de adjudicación cuya valoración depende de un juicio de valor, al objeto de ostentar un excesivo poder de decisión sobre la evaluación de las ofertas. Además, ello resulta más patente si cabe, si se atiende al escaso detalle de los parámetros sobre los que se determinará la puntuación, lo que permitiría al poder adjudicador descartar propuestas de licitadores de forma discriminatoria.
- e) Finalmente, se solicita se declaren contrarios a derecho los documentos que rigen la licitación en los términos alegados en el recurso.



SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) En cumplimiento de toda la normativa de aplicación, los sucesivos Planes de Normalización del Uso del Euskera aprobados por el Gobierno Vasco han contemplado medidas en materia de contratación administrativa y que aprobaron las condiciones lingüísticas a aplicar en la ejecución de los contratos, aprobando al mismo tiempo las cláusulas a incorporar en los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.
- b) En este sentido, el Consejo de Gobierno, el 26 de abril de 2016, adopta el acuerdo por el que se aprueban las instrucciones que establecen los principios generales para la incorporación del uso y conocimiento del euskera en los contratos celebrados por la administración pública de la CAV y cuyas instrucciones sexta y octava se refieren exactamente a la cláusula impugnada por la recurrente.
- c) Por este motivo, estas condiciones de ejecución se establecen en la totalidad de los PCAPs de la Administración General de la CAV, sus organismos autónomos y Entes Públicos de Derecho Privado, sin que hayan supuesto vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación y concurrencia.
- d) Por otra parte, y en relación con el segundo motivo de impugnación, ha de indicarse que la Administración goza de una amplia discrecionalidad para elegir qué concretos criterios utilizará en cada caso a fin de adjudicar un contrato, así como para darles el peso relativo que considere oportuno, siempre que se encuentren vinculados al objeto del contrato. Asimismo, hay que señalar que la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos quedan claramente fijadas en el PCAP, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rigen la valoración de las ofertas.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, dos son las cuestiones impugnadas en el recurso: (i) la condición especial de ejecución relativa a la cláusula lingüística y (ii) la configuración o determinación de los criterios de adjudicación.

a) Sobre la cláusula lingüística como condición especial de ejecución

La recurrente considera la siguiente cláusula discriminatoria y, por lo tanto, solicita su anulación:

28.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN.

Estas condiciones especiales de ejecución, así como las recogidas en la cláusula 11 de cláusulas específicas del contrato, deberán ser cumplidas tanto por la contratista como por las personas subcontratistas.

28.1.- Lingüísticas.

28.1.1.- En las relaciones entre el poder adjudicador y la contratista se empleará normalmente el euskera. A los efectos de la ejecución del contrato se entiende por emplear "normalmente el euskera", lo siguiente:

- a)** En las comunicaciones verbales, el personal con conocimiento de euskera que en funciones de ejecución del contrato se dirija al poder adjudicador, se expresará inicialmente en esta lengua. Si el poder adjudicador se dirige en euskera a personal adscrito a la ejecución del contrato que no tenga conocimientos suficientes de esta lengua, la empresa encargada de la ejecución habrá de facilitar inmediatamente los medios o personal con capacitación lingüística en euskera necesarios para que la relación con el poder adjudicador derivada de la ejecución del contrato pueda desarrollarse en euskera.
 - b)** Las comunicaciones escritas se redactarán en euskera y castellano, salvo que emisor y receptor opten por el euskera.
-

Sobre esta materia, debemos comenzar señalando que este Órgano es conocedor de que el TSJPV ha anulado en su Sentencia número 000066/2023, de 17 de febrero, una cláusula sustancialmente idéntica a la impugnada con ocasión de un contrato no relacionado con el presente, siendo cierto también que frente a dicha sentencia el poder adjudicador ha interpuesto el correspondiente recurso de casación admitido mediante Auto del TSJPV de 22 de mayo de 2023, sin que haya constancia de que el TS haya resuelto sobre su admisión.

Por otro lado, la Sentencia del TS (sección 4.^a) de 14 de febrero de 2017, ECLI: ES:TS:2017:512, ya declaró que las determinaciones de carácter lingüístico podían incorporarse directamente en el clausulado de cada pliego de condiciones administrativas particulares aplicables a cada contrato como herramientas para la



normalización de las lenguas cooficiales dentro del territorio español, entre ellas las cláusulas que hacen referencia a los requisitos de capacitación lingüística a observar por los contratistas. Si bien de esta jurisprudencia se desprende que la habilitación legal de las cláusulas lingüísticas de los contratos públicos no proviene directamente de la legislación básica de contratos (su origen y fundamento legal hay que buscarlo en el bloque normativo regulador del estatuto de cooficialidad y normalización lingüística de nuestras lenguas), ello no se contradice con el hecho de que también cabe imponer dichas cláusulas, y en el presente supuesto como condiciones de ejecución del contrato de carácter lingüístico, en virtud del principio de libertad de pactos del artículo 34 LCSP.

A partir de lo expuesto, este OARC/KEAO considera lo siguiente:

- 1) Como ya indicó este Órgano en su resolución 179/2018, precisamente con base en la Sentencia del TS antes citada, las empresas contratistas, al contrario de que sucede con las licitadoras, 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 la 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.



- 2) En la línea de lo expuesto en el apartado 1) anterior, cabe imponer al contratista la obligación de garantizar que el poder adjudicador pueda relacionarse con él en euskera. El motivo que justifica una cláusula de esta índole es preservar la efectividad de la consideración de dicho idioma como lengua de “servicio, relación y trabajo” (ver, por ejemplo, el artículo 76.1 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco). En este sentido, el artículo 36.7 del Decreto 179/2019, de 19 de noviembre, sobre normalización del uso institucional y administrativo de las lenguas oficiales en las instituciones locales de Euskadi establece que “En las condiciones de ejecución del contrato se podrá incluir la regulación relativa a la lengua que se empleará en las relaciones entre la entidad contratante y la persona adjudicataria”. Aunque Osakidetza no está incluida en el ámbito subjetivo de esta norma, el precepto marca un criterio legislativo favorable a una estipulación como la recurrida para contratos celebrados por poderes adjudicadores a los que se aplica el mismo régimen contractual y lingüístico que a dicho Ente. Por ello, no hay inconveniente en que se inserte dicha cláusula al amparo de la potestad del poder adjudicador para configurar el contrato de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés general y el efectivo cumplimiento del régimen legal aplicable a la entidad contratante.
- 3) No obstante lo anterior, no es menos cierto que la cláusula impugnada ha de ajustarse a los clásicos requisitos que debe cumplir cualquier medida que pueda impedir o hacer menos atractiva la presentación de una oferta en el procedimiento de adjudicación (como pueden ser, por ejemplo, la exigencia de determinada solvencia, el cumplimiento de las prescripciones mínimas o las propias condiciones de ejecución). En este sentido, 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 estas medidas deben reunir cuatro requisitos para considerarse legales: (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.



- 4) Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que (i) ésta es, en principio, no discriminatoria, ya que va a ser exigida por igual a cualquiera que sea el ganador de la licitación con independencia de características personales como su nacionalidad u origen; (ii) que su justificación responde a un objetivo de interés general, que es conseguir la 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 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco y demás normativa de aplicación; (iii) asimismo, parece que la cláusula impugnada es acorde con dicha justificación porque garantiza el uso del euskera como lengua habitual de trabajo en el ámbito del contrato y (iv) finalmente, no puede considerarse que el requisito sea desproporcionado porque no se exige como requisito de admisión de la oferta ni como criterio de adjudicación, sino que se requiere únicamente al contratista, que solo estará obligado a dotarse de los medios adecuados una vez que empiece a ejecutar la prestación; por otro lado, resulta proporcionado que no se requiera de ningún nivel lingüístico reglado concreto, bastando con el mínimo de competencia suficiente para satisfacer los objetivos de normalización lingüística perseguidos por la organización contratante.
- 5) En definitiva, este Órgano considera que no se dan los requisitos necesarios para considerar dicha cláusula discriminatoria. Téngase en cuenta, además, que no todas las diferencias de trato son discriminatorias o bien la igualdad no significa siempre un trato idéntico, pues únicamente una distinción será discriminatoria (i) si no tiene justificación objetiva y razonable o si no persigue un fin legítimo; o (ii) si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo y, habiéndose justificado que ninguno de los dos supuestos se producen en el presente caso, el motivo impugnatorio debe decaer.
- b) Sobre la configuración y la determinación de los criterios de adjudicación por el poder adjudicador



La recurrente considera que la determinación y la ponderación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor pueden favorecer la arbitrariedad en su valoración. El análisis de la viabilidad del recurso debe partir del contenido de los pliegos cuya validez se impugna.

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

22.1.- Existe un único criterio de adjudicación: No

☐ Precio.

☐ Otro criterio basado en la rentabilidad:

En la elección de los criterios de valoración y su ponderación se han tenido en consideración los aspectos más significativos para el buen funcionamiento y calidad de los materiales, así como los criterios de seguridad clínica correspondientes en cada caso, con la finalidad de garantizar que las ofertas de los licitadores se ajusten a las necesidades clínicas de las que son objeto el presente expediente.

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: sí.

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: sí.

- Criterio:

Lote 1 Bata de protección biológica desechable-EPI	Puntuación
Ajuste y conservación de los materiales en el uso (sistema de cierre con adecuado ajuste al cuello y cintura y con solapamiento de ambos paños en la espalda, sistema con adecuado ajuste a muñeca y mantenimiento de las características con el uso).	20
Confortabilidad en el uso (adaptabilidad, transpirabilidad y comodidad mantenida con el uso).	20
Embalaje, envasado y presentación del producto	10
TOTAL PUNTOS MAXIMOS	50

Ponderación: 50 puntos

Descripción del método de valoración del criterio: La valoración técnica se realizará sobre la documentación técnica y/o muestras correspondientes a los artículos ofertados, de acuerdo con las anteriores puntuaciones y criterios

Umbral mínimo: 25 puntos sobre 50.

Las ofertas que no alcancen el 50% (25 puntos) del valor técnico (50 puntos), quedarán excluidas.

La puntuación de los diferentes criterios se redondeará a 2 decimales. En caso de que el tercer decimal acabara en 5, se redondeará a la centésima superior.

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas:

- Criterio:

RELACIÓN DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	PUNTOS MÁXIMOS
1. Precio	48
2. Criterios ambientales	2

Ponderación:

Fórmula:



Puntuación oferta: $(B / C) * A$

A	Puntos máximos
B	Oferta más económica
C	Oferta de la empresa a valorar

Si C = Precio de licitación, se le asigna 0 puntos.

Se admitirá un máximo de dos decimales en el precio ofertado.

El Excel con la oferta económica no puede tener decimales ocultos que puedan distorsionar la exactitud del resultado.

En caso de que haya decimales ocultos en el Excel, se procederá a su redondeo y se tomará como precio unitario el importe redondeado a 2 decimales. Las cifras de importe total por material, por lote y total será el resultante de aplicar los precios unitarios con 2 decimales al número de Unidades previstas.

La puntuación se redondeará a 2 decimales. En caso de que el tercer decimal acabara en 5, se redondeará a la centésima superior.

CRITERIOS AMBIENTALES

La empresa podrá obtener hasta un máximo de 2 puntos.

Para la valoración del compromiso de la empresa con la sostenibilidad medio-ambiental, se requerirá la presentación de un certificado emitido por una entidad acreditada, que avale la implantación de un Sistema de Gestión Medioambiental en la empresa. La puntuación no es acumulativa, es decir, en el caso de que la empresa disponga de más de una certificación, **sólo se valorará la de mayor puntuación**. Dicha puntuación se realizará de la siguiente forma:

- Certificación ISO 14001 de Sistemas de Gestión Ambiental o Certificado de Ekoskan o equivalente. Se puntuarán de igual forma otros de naturaleza similar, siempre y cuando sean organismos oficiales reconocidos acreditados para realizar actividades de acreditación. Se valorará con 1 punto.
- Certificado EMAS o equivalente. Se valorará con 2 puntos

A la vista de lo reproducido, ha de señalarse que es doctrina reiterada de este Órgano (ver, por todas, la Resolución 186/2018) que, para configurar el objeto del contrato de acuerdo con las necesidades de interés general que este pretende satisfacer, el poder adjudicador dispone de una amplia discrecionalidad, sin que los potenciales licitadores puedan reclamar válidamente que dicha configuración se ajuste a un determinado esquema que les sea más favorable. Sin embargo, el margen de discrecionalidad no ampararía que Osakidetza determinara la prestación contractual o el procedimiento de adjudicación de tal modo que beneficiara o perjudicara de forma arbitraria (es decir, sin una justificación basada en la finalidad que el contrato pretende alcanzar) o desproporcionada (por ejemplo, dando relevancia excesiva a un concreto aspecto del objeto contractual en relación con el interés general que



dicho aspecto busca satisfacer) a una empresa o tipo de ellas (ver, por ejemplo, las resoluciones 7/2017 y 18/2015 del OARC / KEAO).

Más allá de exponer las razones por las que, a su juicio (necesariamente, interesado y parcial), sería adecuado que la ponderación de los criterios sujetos a fórmula debiera ser superior a la establecida, la recurrente no ha acreditado la existencia de arbitrariedad o desproporción que puedan desmentir el correcto uso de la discrecionalidad por el órgano de contratación, sin que pueda aceptarse que el criterio de la Administración pueda ser sustituido por el suyo propio. En cambio, son indicios significativos de la razonabilidad de la decisión del poder adjudicador el hecho de que, en los servicios sanitarios, los y las profesionales atienden a una gama muy variada de estados de salud y enfermedad en los que la exposición directa a los agentes patógenos es muy acusada, y los EPI constituyen un equipamiento fundamental de protección que ha de ser llevado durante muchas horas, por lo que *el ajuste, la conservación de los materiales y su confortabilidad* son aspectos fundamentales que han de ser valorados en su justa medida y por ello aparecen como criterios de adjudicación.

Por otro lado, aunque de forma escueta, los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor se encuentran lo suficientemente delimitados para que cualquier operador diligente conozca las cuestiones que va a ser valoradas y su ponderación individual, sin que se conceda a Osakidetza una potestad incondicionada para adjudicar el contrato (ver, “sensu contrario”, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). Así, no cabe aceptar de antemano la alegación de que la valoración del poder adjudicador puede incurrir en arbitrariedad, pues los criterios tienen el suficiente fondo reglado que necesariamente el informante técnico debe observar. Y, en el caso, de que algún licitador considere que dicho fondo ha sido infringido, siempre cabrá la opción de impugnar el acuerdo sustentado por dicha valoración presuntamente no ajustada a derecho. Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

c) Conclusiones



Lo expresado en los apartados anteriormente supone la desestimación íntegra del recurso.

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 VALSONS SOLUCIONES, S.L.U. frente a los pliegos del contrato de “Suministro de batas de protección biológica desechable EPI”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko uztailaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de julio de 2023