

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 3 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.G.V., en nombre y representación de Senior Servicios Integrales S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato “Servicio de control de accesos y funciones auxiliares en las dependencias municipales (3 lotes) del Ayuntamiento de Las Rozas”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 y 19 de febrero de 2019, se publicó respectivamente en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 4.146.931,87 euros y su duración es de 12 meses, prorrogable hasta un máximo de tres años.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de resolver el presente recurso la cláusula XLI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP):

“XII.- Información sobre las condiciones de trabajo del personal a subrogar.

En el presente contrato, procede, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la obligación de subrogarse el empleador en las relaciones laborales del personal adscrito al contrato. Por ello, se facilita en el Anexo IV, la relación de trabajadores correspondientes a cada lote, con expresión de su antigüedad, retribución bruta anual, categoría y jornada para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implica tal medida, haciendo constar que dicha información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP”.

Cláusula IV.A) apartados 3 y 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT):

“Mejoras relacionadas con la calidad: Hasta un máximo de 65 puntos.

Plazo de abono de los salarios de las personas trabajadoras: Hasta un máximo de 5 puntos. Disminución del plazo sobre el máximo de cinco días hábiles desde el último día de finalización del mes correspondiente al salario devengado.

Se otorgará un punto por cada día de disminución del plazo máximo de 5 días hábiles.

4.- Mejora salarial: Hasta un máximo de 60 puntos.

Se valora el incremento lineal del importe de los salarios de aquellas personas trabajadoras que perciben un salario inferior a 13.300 € anuales, otorgándose la siguiente puntuación:

- 45 puntos a los licitadores que asuman el compromiso de retribuir, como mínimo, a las personas trabajadoras adscritas al contrato, la cantidad de 13.300 € anuales, equivalentes a 950 €/mensuales en 14 pagas, con una jornada anual de 1.782 horas. En el caso de que la jornada anual sea inferior a 1.782 horas, la cantidad a abonar que resulte será proporcional a la citada cifra.

- 2'50 puntos por cada 50 €/mensuales de incremento de la retribución mínima mensual, indicada anteriormente de 950 €/mensuales, con una jornada anual de 1.782 horas, a todas las personas trabajadoras adscritas al contrato. En el caso de

que la jornada anual sea inferior a 1.782 horas, la cantidad a abonar que resulte será proporcional a la citada cifra.

Dicho incremento retributivo no podrá ser absorbido por ningún otro complemento salarial”.

Tercero.- El 12 de marzo de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Senior Servicios Integrales S.A., en el que solicita declarar nulas y no conformes a Derecho las cláusulas XLI del PCAP y III.1.I) del PPT, en cuanto a que no es posible establecer en las mismas la obligación de subrogar al personal que viene desempeñando las labores objeto del contrato, y la cláusula IV.A, apartados 3 y 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en cuanto que las mejoras introducidas no guardan la necesaria vinculación con el objeto del contrato, ordenando retrotraer el expediente de contratación al momento inmediatamente anterior a la aprobación de los mencionados pliegos,

El 15 de marzo de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a 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 transpone 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), solicitando el mantenimiento de los pliegos recurridos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de persona jurídica potencial licitadora, “*cuyos derechos e intereses*

legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, puesto que los Pliegos se pusieron a disposición el 19 de febrero de 2019, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 12 de marzo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el PCAP y del PPT, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, el recurrente lo fundamenta en dos motivos:

-No ser conformes a Derecho las cláusulas XLI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y III.1.I) del Pliego de Prescripciones Técnicas, en cuanto a que no es posible establecer en las mismas la obligación de subrogar al personal que viene desempeñando las labores objeto del contrato.

-No ser conforme a Derecho la cláusula IV.A, apartados 3 y 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en cuanto que las mejoras introducidas no guardan la necesaria vinculación con el objeto del contrato.

Respecto al primero de los motivos, la recurrente señala que la subrogación de la plantilla se establece en los Pliegos como una obligación del adjudicatario.

Señala que es doctrina reiterada de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, la que establece que la obligación o no de subrogar a los

trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales y convencionales en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral, de manera que el órgano de contratación lo que debe hacer es, en el caso de que existiera dicha obligación, informar en el Pliego o en la documentación complementaria conforme al artículo 130 de la LCSP.

Invoca en defensa de su tesis, las Resoluciones 872/2014 y 895/2015 del TACRC, en base a las cuales considera que el compromiso de mantenimiento de la plantilla se rige por las normas laborales de aplicación, no formando parte del contenido de la adjudicación del contrato.

Manifiesta, así mismo, que en el presente supuesto, se hace constar que la obligación de subrogación deriva de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ahora bien la raíz de la controversia se presenta precisamente porque no cabe entender que el cambio de contratista para la ejecución de un contrato de servicios constituya un supuesto de sucesión de empresas. A este respecto invoca la STS de 13 de marzo de 1990. Sentencia de 13 de marzo de 1990, relativa a la sucesión en el caso de personal al servicio de los recaudadores de zona de la Hacienda Pública, *“sin perjuicio de posibles garantías adicionales a través de normas sectoriales (caso de las empresas de limpieza de edificios y locales o de los servicios de vigilancia y seguridad), para ello es necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados”*.

Por tanto, de lo obrante en el expediente no puede inferirse que la adjudicación del contrato ahora examinado haya de llevar consigo la transmisión de la infraestructura o de la organización básica para la explotación, hipótesis en la que desplegaría sus efectos el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.), sino que parece claro que la subrogación sólo puede venir dada por las previsiones del Convenio colectivo aplicable.

Tal consideración, a su juicio, respecto de la subrogación convencional, se fundamenta en lo establecido entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, dictada en el Recurso de Casación 4206/2000, y en la dictada por el mismo Tribunal en fecha de 3 de junio de 2002, en el Recurso de Casación 4892/2000, las cuales vienen a determinar que la única vía por la que puede operar una subrogación obligatoria, partiendo de la premisa de que no existe sucesión de empresa en la sucesión de contratos administrativos, es porque así lo establezca la norma sectorial contenida en el convenio colectivo de aplicación, excluyendo el convenio de empresa y con los límites que se establezcan en el propio convenio colectivo que la prevea.

Finaliza señalando que no concurre ningún precepto legal (E.T.) ni convencional (convenio colectivo) que imponga la subrogación del personal adscrito a la ejecución de este contrato, careciendo el poder adjudicador convocante de competencia para establecer esta subrogación de personal.

Por su parte, el órgano de contratación señala que, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 del E.T. procede la obligación de subrogarse el empleador en las relaciones laborales del personal adscrito al contrato. Dicha obligación trae causa de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, recurso de casación en unificación de doctrina (Tribunal Supremo. Sala de lo Social Sede: Fecha: 27/09/2018 N° de Recurso: 2747/2016 N° de Resolución: 873/2018 Tipo de Resolución: Sentencia), "Alineamiento de nuestra doctrina con la doctrina del TJUE". Entre sus aspectos más destacados cabe señalar:

'En ese sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23. A la vista de lo expuesto debemos modificar una de las premisas de nuestra doctrina. En contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el

problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica'.

El concepto de "entidad económica", de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso. En este aspecto consideramos que lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca.

Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes. Por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial" siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

En el presente caso, aun no existiendo convenio colectivo que regule la actividad objeto del contrato, es lo cierto que la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial y el conjunto de personas adscritas a la actividad equivale a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación, siendo que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, sino que

la adjudicación de una nueva contrata a empleador distinto del saliente nos sitúa ante la transmisión de la ‘entidad económica’.

Por tanto, en el pliego se considera que las circunstancias anteriormente indicadas se incardinan en las previsiones contenidas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que procede, a tenor de citado artículo y de conformidad con la sentencia dictada en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, admitir la subrogación del nuevo contratista en sus obligaciones como empleador de los trabajadores adscritos a la contrata.

Ello hace que deba indicarse, en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, la información sobre las condiciones del personal a subrogar”.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si en el presente caso estamos ante un supuesto de subrogación legal (sucesión de empresas artículo 44 del E.T. y sucesión en la plantilla) o ante un supuesto de subrogación ex pliegos, que es la tesis que mantiene el recurrente.

Este último considera que dado que no se dan las condiciones para la aplicación del artículo 44 del E.T. y que no existe convenio colectivo que establezca la obligación de subrogación, debe considerarse que el órgano de contratación está estableciendo *ex novo* una obligación en los Pliegos que sería contraria a Derecho.

En relación con la subrogación de trabajadores empleados con ocasión del servicio, es necesario partir de lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP. Así, el precepto citado prevé en relación con esta cuestión: *“1. Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación”

Se recoge así la doctrina que consideraba que la obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea una norma legal o de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego consignar esta cuestión a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad.

No cabe desconocer que la cuestión planteada en el recurso y la defensa de contrario del contenido del pliego efectuada por el órgano de contratación, responden a una cuestión doctrinal polémica, no exenta de dificultad y que encuentra pronunciamientos dispares en la jurisprudencia. La jurisdicción contencioso administrativa, la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación y de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, consideran que la subrogación del personal es una cuestión que corresponde al ámbito laboral y sobre la que no cabe establecer obligaciones autónomas en los pliegos.

En la Resolución de este Tribunal 235/2016, señalaba que *“Así se parte de que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del E.T., que la establece en el caso de la denominada sucesión de empresas, en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los*

derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, 'El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente'. Respecto de este tipo de subrogación legal el Tribunal Supremo ha señalado, entre otras muchas, en la Sentencia de 16 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación 2343/2002, que para exista la sucesión empresarial que determina la subrogación lo transmitido tiene que ser 'una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada', añadiendo la Sentencia de 27 de enero de 2015, dictada en el recurso de casación 15/2014, que 'lo importante (para determinar si concurre el supuesto de sucesión de empresas), no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos', así mismo la STJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12, afirma que la unidad productiva autónoma 'debe preexistir a la transmisión y tener autonomía funcional suficiente'.

Ahora bien la raíz de la controversia se presenta precisamente porque no cabe entender que el cambio de contratista para la ejecución de un contrato de servicios constituya un supuesto de sucesión de empresas. Así lo ha señalado expresamente el Tribunal Supremo, ya desde su Sentencia de 13 de marzo de 1990 ROJ 17364/1990, relativa a la sucesión en el caso de personal al servicio de los recaudadores de zona de la Hacienda Pública, 'sin perjuicio de posibles garantías adicionales a través de normas sectoriales (caso de las empresas de limpieza de edificios y locales o de los servicios de vigilancia y seguridad), para ello es necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados'.

Lo anterior significa que, si bien existe una obligación legal, de ámbito laboral, de subrogar a los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ello no implica que cada vez que se produzca un cambio de adjudicatario en la prestación

de un servicio contratado por la Administración nos hallemos ante un supuesto de sucesión de empresas que exija la subrogación indicada, sin perjuicio de que ello pueda ser así al caso concreto en virtud de los acuerdos que puedan incorporar los convenios colectivos aplicables.

A lo anterior cabe añadir que también se considera que se produce un supuesto de sucesión empresarial aunque no se transfiera la organización y medios productivos en los casos de contratos con gran carga de personal en que se transfiera precisamente la mano de obra necesaria para la realización del contrato. Es lo que se ha venido a denominar la ‘sucesión de la plantilla’, sentada por la STJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95 Süzen, o la STJUE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C-127 y 229/96, Sánchez Hidalgo – Hernández Vida, entre otras y recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 y 27 de octubre de 2004 (RJ 7162 y 7202) o la de 5 de marzo de 2013 (RJ 3649)”.

En la misma Resolución, se hacía constar que “De ahí que este Tribunal y el resto de órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación hayan señalado en diversas resoluciones que no es preciso que la obligación de subrogar a los trabajadores del servicio anterior estuviera recogida con carácter general en los pliegos, puesto que dicha obligación no deriva de los pliegos, sino del régimen jurídico laboral aplicable a las relaciones existentes entre los empleadores y empleados, de manera que a sensu contrario, si procediera legalmente la subrogación de trabajadores, ninguna virtualidad tendría desde la óptica del derecho de los trabajadores y la correlativa obligación del empleador, que se estableciera lo contrario en los pliegos”.

Así como el supuesto de la subrogación convencional no se genera ninguna duda interpretativa, debiendo en este caso el órgano de contratación incluir en el PCAP, a efectos puramente informativos, las exigencias del artículo 130 de la LCSP, no sucede lo mismo, como hemos visto, con la aplicación directa del artículo 44 del ET. En este supuesto, el concepto de “entidad económica” que es el definidor de la existencia de la transmisión empresarial con efectos subrogatorios, debe ser analizado caso por caso a la vista de la información necesaria para su apreciación.

Este Tribunal no dispone ni de la información ni de la competencia para pronunciarse al respecto, por lo que se considera procedente la eliminación de la cláusula subrogatoria prevista en PCAP, sin perjuicio de que se active el mecanismo de la subrogación, si procede y el momento que corresponda por los interesados, ventilándose, en su caso, las discrepancias que pudieran surgir al respecto ante la jurisdicción competente.

Por esta causa, el motivo debe ser estimado.

Respecto al segundo motivo de impugnación, el recurrente señala que El Pliego de Prescripciones Técnicas, con la denominación “*Mejoras relacionadas con la calidad*”, introduce dos criterios de adjudicación relativos a los salarios a percibir por los trabajadores adscritos al servicio: “*Plazo de abono de los salarios de las personas trabajadoras*”, que valora el tiempo transcurrido desde la finalización del mes de devengo del salario hasta el cobro del mismo, y “*Mejora salarial*”, que valora el incremento de la cuantía del salario de los trabajadores que perciben menos de 13.300 euros anuales, o 950 euros mensuales. Resaltar, además, que por este último criterio pueden asignarse hasta 60 puntos, cuando la puntuación máxima alcanzable es de 100 puntos.

A este respecto, cita el artículo 145.7 de la LCSP en cuanto a la vinculación de los criterios de valoración con el objeto del contrato.

Afirma que para los criterios que estamos analizando, no alcanza a comprender en qué medida una percepción inmediata del salario o una retribución más elevada por parte de la empresa redunde en una mejor prestación del servicio por parte de los trabajadores. No parece sino que la Administración pretende influir en la política salarial de las licitadoras, lo que resulta de todo punto rechazable. Aun así, y en caso de admitirse este criterio, tendría que serlo con una puntuación muy inferior al 65% con el que se ponderan conjuntamente ambos criterios.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la mayoría de los trabajadores adscritos al contrato, dadas sus condiciones salariales, son personas en riesgo de exclusión social. Baste comprobar que un 75% de ellos, perciben como retribución salarial por una jornada anual de 1.782 horas, el salario mínimo interprofesional. Así mismo, los trabajadores adscritos al contrato carecen de convenio colectivo, lo que les hace estar en una situación mucho más vulnerable.

En defensa de su tesis, invoca diversos considerandos de la Directiva 2014/24/UE, así como las Resoluciones 33/2018 y 308/2018 de este Tribunal.

En definitiva, el recurso cuestiona la inclusión de unos criterios de adjudicación consistente en la mejora de las condiciones salariales de trabajadores que intervienen de manera directa en la ejecución del contrato.

El tema de las cláusulas sociales como criterio de adjudicación, ha sido objeto de numerosos recursos que han dado lugar a diversas resoluciones que han consolidado la doctrina de este Tribunal al respecto. Como criterio de adjudicación este Tribunal consideró admisible un criterio semejante al ahora impugnado en la Resolución 354/2017, de 22 de noviembre y la Resolución 309/2017, de 25 de octubre.

En la Resolución 33/2018 , de 24 de enero, de este Tribunal se señala *“La cuestión planteada ha sido analizada por este Tribunal entre otras en su Resolución 211/2017, de 19 de julio, en la que se citan la 16/2016, de 3 de febrero, 84/2016, de 5 de mayo, la 85/2016, de 5 de mayo, la 86/2016, de 5 de mayo, la 188/2016, de 22 de septiembre, la 196/2016, de 28 de septiembre y la 206/2016, de 6 de octubre, en las que el Tribunal ha abordado la cuestión consistente en determinar si cabe interpretar que el artículo 150.1 del TRLCSP, regulador de los criterios de adjudicación admisibles en los procedimientos de licitación, permite la inclusión de criterios sociales como el contemplado en el pliego impugnado. Por citar únicamente dos de las Resoluciones mencionadas, la 16/2016, de 3 de febrero, y la 206/2016, de 6 de octubre, en ellas se afirma lo siguiente: en el momento actual se aprecia una*

tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de criterios sociales en la contratación, con el objetivo de conseguir una contratación socialmente más responsable, que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, inserción de personas discapacitadas, etc. Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas Directivas de contratación que se refieren a la 'contratación estratégica', que permite implementar con la contratación pública las políticas públicas en áreas que se consideran esenciales, pudiendo plantearse atender este objetivo mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el establecimiento de criterios de adjudicación al efecto.

Así, en el Considerando 39 de la Directiva 2014/24/UE, se prevé la primera de las posibilidades expuestas de inclusión de cláusulas sociales en los pliegos de la misma forma que su predecesora en su artículo 26, indicando que 'También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público'.

En cuanto a la posibilidad de introducir criterios sociales a través de los criterios de adjudicación, el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, que puede considerarse transpuesto casi en su totalidad en el actual artículo 150 del TRLCSP, permite que los poderes adjudicadores además del precio más bajo, tengan en cuenta para adjudicar los contratos públicos, respondiendo al concepto oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta el concepto coste-eficacia, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, aspecto cualitativos, aspectos medioambientales y /o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.

Desde esta concepción, por ejemplo, el considerando 91 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, señala que 'no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca

de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste' concluyendo que 'nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo'.

Por otro lado, no debe olvidarse que la inclusión de esos criterios sociales debe respetar en todo caso el principio de igualdad y no discriminación entre las empresas licitadoras como ya determinó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-225/98, en el que afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes. Finalmente, refiriéndose a la aplicación de un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo, el Tribunal precisa que este no debe tener una incidencia directa o indirecta en los licitadores procedentes de otros Estados miembros de la Comunidad y ha de mencionarse expresamente en el anuncio de contrato, con el objeto de que los contratistas puedan tener conocimiento de la existencia de tal condición. En igual sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, asunto C-31/87”.

Para resaltar la importancia de incluir este tipo de criterios sociales en el marco de una contratación estratégica, fomentada por la Unión Europea en estos momentos, es preciso traer a colación la Comunicación de la Comisión Europea, de 3 de octubre de 2017, en la que al presentar la estrategia de contratación pública, se afirma con gran claridad que la contratación pública es un instrumento estratégico en el conjunto de medidas económicas de cada Estado miembro y puede contribuir a afrontar muchos de los principales retos de Europa, especialmente la consecución de un crecimiento sostenible y la creación de empleo y puede promover la transición a una economía circular, eficiente en el uso de recursos y en el uso de la energía, y fomentar el desarrollo económico sostenible y sociedades más equitativas e inclusivas.

Todos estos criterios han sido claramente incorporados a la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En este sentido, el artículo 122.2 establece que los

PCAP incluirán las consideraciones sociales, laborales y ambientales como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución.

Por su parte, el artículo 145.2 que regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, dispone:

“2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1º. La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al

suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato (...).

Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148”.

Como señalábamos en la citada Resolución 33/2018, de este Tribunal “*Debemos destacar que la posibilidad de introducir mejoras en las condiciones laborales y salariales como criterio de adjudicación se incluye en el punto 1, apartado 1º relativo a la calidad. Tal como establece el propio artículo 145.5 de la LCSP/2017, podemos concluir que los criterios de adjudicación que pueden incluirse en un contrato no son un numerus clausus, siendo admisibles si cumplen los requisitos siguientes:*

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de

vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*
- b) En el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.*

Respecto a la falta de vinculación de los criterios de valoración con el objeto del contrato, hay que señalar el criterio mantenido en la Resolución 108/2019, de este Tribunal, *“En contra de lo expuesto por el recurrente este Tribunal entiende que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar previstas en el Pliego y que se corresponden con el Decreto de 19 de enero de 2016 del Delegado del Área de Economía y Hacienda por el que se aprueba Instrucción 1/2016 sobre la incorporación de cláusulas sociales en los Pliegos, guardan relación con el objeto del contrato en los términos previstos en el artículo 145.6 de la LCSP, es decir, que viene referido a las prestaciones personales de hacer (la limpieza) en que se concreta el objeto del contrato, en el ciclo productivo de su ejecución, aun cuando dicho factor pueda no formar parte de la sustancia material del contrato. Partiendo de la mejor relación calidad-precio, que concreta los criterios de adjudicación, no es ajena a la misma la satisfacción de los trabajadores por las mejoras sociales en materia de conciliación de la vida laboral y social.*

Incluir una cláusula como la controvertida en un procedimiento de esta naturaleza, viene avalado por el hecho de que el componente económico fundamental viene constituido por el coste de la mano de obra, junto con el hecho de que es un contrato que incorpora subrogación de trabajadores a través del propio Convenio Colectivo de aplicación. Se adapta en consecuencia a la tipología del contrato de que se trata”.

No cabe duda, que las mejoras salariales están vinculadas a la motivación, calidad, implicación en cumplimiento de objetivos, que pueden repercutir de manera clara en un mayor rendimiento profesional.

Los órganos de contratación son cada vez más conscientes del impacto de las condiciones, tanto sociales como medioambientales en que se ejecutan los contratos públicos. En relación a los criterios sociales cabe señalar que en gran medida los problemas a la hora de la ejecución de los contratos de servicios derivan de las bajas ofertadas por los licitadores para resultar adjudicatarios de los contratos, que derivan en modificación de las condiciones laborales de los trabajadores, el impago de salarios y otras circunstancias que determinan tensiones y una conflictividad laboral perjudicial para una adecuada prestación del servicio. Las medidas de presión de los trabajadores redundan en una falta de prestación del mismo por parte de la plantilla, ponen en peligro la continuidad del servicio y pueden generar consecuencias en la relación entre el poder adjudicador y contratista. Los órganos de contratación deben planificar la satisfacción de las necesidades públicas de la manera más efectiva a su buen cumplimiento evitando conflictos laborales como huelgas que concluyen con una mala prestación. Como venimos sosteniendo la vinculación del criterio de adjudicación objeto de impugnación con la prestación objeto del contrato se manifiesta de manera relevante en los contratos que consumen esencialmente mano de obra como en el caso que nos ocupa. La introducción de criterios de adjudicación o condiciones de ejecución sociales puede ser una forma de prevenir la conflictividad laboral.

Por otro lado, como se ha señalado anteriormente, la contratación pública como instrumento estratégico en el conjunto de medidas económicas de cada Estado miembro debe contribuir entre otros aspectos, a *“fomentar el desarrollo económico sostenible y sociedades más equitativas e inclusivas”*.

A este respecto, hay que señalar que las medidas sociales cuestionadas por el recurrente van dirigidas a un conjunto de trabajadores, en los que el 75% de los mismos percibe el salario mínimo interprofesional, por lo que cualquier incremento salarial podría contribuir, aunque mínimamente al cumplimiento de esos objetivos.

En el caso que nos ocupa, se cumple el requisito de no ser un criterio discriminatorio, porque cualquiera de los licitadores, sin renunciar a la aplicación del

convenio colectivo que pudiera resultar de aplicación, puede mejorar las condiciones salariales y laborales de los trabajadores adscritos a la ejecución de este contrato.

Finalmente, en lo referente a la ponderación excesiva de los criterios sociales de mejora de la calidad, hay que señalar que si bien 65 puntos sobre 100 pueden parecer excesivos, respecto al resto, especialmente el precio que se valora con 5 puntos, hay que señalar que el margen de baja en el precio es muy reducida dado que el mayor coste, prácticamente su totalidad, se refiere a salarios y estos en un 75% corresponden al salario mínimo interprofesional, por lo que su escasa ponderación se puede considerar razonable.

Por todo lo anterior, este motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.G.V., en nombre y representación de Senior Servicios Integrales S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato “Servicio de control de accesos y funciones auxiliares en las dependencias municipales (3 lotes) del Ayuntamiento de Las Rozas”, dejando sin efecto las cláusulas XLI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y III.1.I) del Pliego de Prescripciones Técnicas, donde se recoge la obligación del nuevo adjudicatario de subrogación de los trabajadores.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada con fecha 20 de marzo de 2019.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.