

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

En Madrid, a 18 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (en adelante AEESDAP) contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, publicados el día de mayo y que regirán el contrato de “Servicios de organización y ejecución de actividades físico deportivas del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada” número de expediente 2019/003083, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Fuenlabrada alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el día 15 de mayo se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 2.846.464,01 euros y su plazo de duración será de dos cursos escolares pudiendo prorrogarse por otros dos cursos

escolares más.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el apartado P del Anexo I al PCAP: “d. Mayor porcentaje de contratos indefinidos (Hasta 10 puntos).

El licitador que tenga mayor porcentaje de contratos indefinidos en la plantilla obtendrá la máxima puntuación, el resto de ofertas de forma proporcional. Se justificará mediante una Declaración responsable de la empresa con visado de conformidad de la representación de los trabajadores y trabajadoras, así como la presentación de un informe de trabajadores en Alta en un código de cuenta de cotización (ITA), que se facilitará por la Tesorería General de la Seguridad Social o certificado de la misma.

En el caso de que establezcan criterios sociales, donde se pida acreditar un mayor porcentaje de trabajadores contratados determinados respecto a la plantilla de la empresa. Se justificarán todos los criterios cualitativos mediante una Declaración responsable de la empresa con visado de conformidad de la representación de los trabajadores y trabajadoras, así como la presentación de un informe de trabajadores en Alta en un código de cuenta de cotización (ITA), que se facilitará por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Solo serán objeto de valoración aquellos criterios que se justifiquen documentalmente”.

Siendo este criterio de adjudicación idéntico para los tres lotes.

Asimismo interesa destacar que en el anexo IV al PCAP figura el listado de información sobre el personal objeto de subrogación, en el cual aparecen 17 trabajadores de los cuales 4 tiene contratos indefinidos y el resto, 13 están contratados por obra o servicio determinados.

Tercero.- El 5 de junio de 2020 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de AEESDAP en el que

solicita la anulación del PCAP debido a que incluye un criterio de valoración inválido, al no estar vinculado al objeto del contrato ni a la obtención de una mejor oferta relación calidad-precio.

El 12 de junio de 2020 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal de fecha 11 de junio de 2020.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 una asociación profesional que según el artículo 4 de sus Estatutos desarrolla sus actividades en el ámbito profesional de los servicios deportivos prestados desde las administraciones públicas, como es el caso que nos ocupa. Pues los servicios deportivos serán prestados desde el

Ayuntamiento de Fuenlabrada a través de su Patronato Municipal de Deportes.

Entre los objetos de la asociación y según el Artículo 5 de sus estatutos se encuentra: *“2º Vigilar la Neutralidad de la contratación pública, incluso mediando, solicitando, negociando o impugnando aquellas contrataciones que bajo su opinión no respondan a esta neutralidad o a la legalidad”*.

Por todo ello consideramos que la Asociación recurrente está legitimada para la interposición del presente recurso toda vez que sus *“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 del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado el 15 de mayo de 2020, poniéndose en el mismo acto a disposición de los licitadores los pliegos de condiciones e interpuesto el recurso, el 5 de junio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y el PCAP 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.- En cuanto al fondo del recurso se trata de determinar si el criterio de valoración sobre la condición como trabajadores indefinidos en la plantilla de la empresa licitadora es admisible a la luz del artículo 145 de la LCSP.

El recurrente considera que el número de trabajadores de la plantilla de una empresa no está vinculada con el objeto del contrato que nos ocupa ni en ningún caso

coadyuva a la determinación de la mejor oferta en relación calidad-precio en el contrato licitado.

Manifiesta que el criterio de valoración utilizado en verdad es un requisito o condición de la empresa y no del contrato que se está licitando, pudiendo en todo caso considerarse criterio de solvencia, pero no de adjudicación.

Invoca al respecto la Resolución 13/2017, de 9 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León que se pronuncia de este modo al respecto: *“En cuanto al fondo del asunto, la Resolución 75/2016, de 8 de noviembre, de este Tribunal, estimó parcialmente el recurso presentado por (...), contra el PCAP al considerar que “las certificaciones de calidad podrán exigirse en los pliegos como requisito de solvencia técnica, pero no como criterio de adjudicación, por lo que la previsión del apartado 15.1.2 del cuadro de características del PCAP no se ajusta a derecho”.*

Considera por último que la consecuencia de la anulación de un criterio de valoración no puede ser otra, que la anulación de la totalidad del PCAP, pues la anulación de un criterio de adjudicación conlleva la de la propia licitación, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basándose en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01) y la doctrina consolidada de los tribunales administrativos de recursos contractuales.

Por su parte el órgano de contratación considera que el textual del art. 145.2 establece sin lugar a dudas como criterios de adjudicación la estabilidad del empleo, por lo que la adecuación del criterio a la norma es claro.

Manifiesta que la estabilidad en el empleo está perfectamente vinculado al objeto del contrato, pues sin duda repercute en la prestación final del servicio, tal y

como recoge el mismo artículo en su apartado 6. Considera asimismo que la condición de trabajadores fijos alienta a una mejor ejecución del contrato.

Añade motivaciones sociales y laborales que considera de especial importancia para el desarrollo de la ejecución del contrato y que se alcanzan con mayor calidad mediante plantillas que no varíen continuamente.

Este Tribunal viene posicionándose a favor de la inclusión de las cláusulas sociales enumeradas en el artículo 145.2 de la LCSP pudiendo traer a colación la Resolución 33/2018, de 24 de enero que aglutina nuestra doctrina al respecto.

No obstante lo dicho los criterios de valoración, deben estar vinculados al objeto del contrato que se está licitando y debe incrementar de alguna forma el valor de la propuesta a calificar.

Resulta evidente que el porcentaje de contratos indefinidos del licitador no deja de ser una característica de la tipología de los contratos de la empresa licitadora, sin que de ello derive una mejora en la ejecución del contrato que se está licitando, pues en ningún caso se está refiriendo a la mano de obra que ejecutará la prestación licitada, por lo que esta circunstancia no interviene ni condiciona su ejecución.

Esta circunstancia es más evidente en el supuesto que nos ocupa, ya que está prevista la subrogación de los trabajadores que prestan los servicios con el actual adjudicatario, que lo harán en las condiciones laborales en las que se encuentren en el momento de la subrogación, sin que se vean afectados en absoluto por el criterio de adjudicación, por lo que una pretendida mayor implicación en el desempeño del servicio en base a la aplicación del criterio de adjudicación, carece de fundamento.

Por consiguiente, el criterio de adjudicación no se encuentra vinculado al objeto del contrato ni constituye una mejora en el nivel de rendimiento de la prestación objeto

del contrato al recaer sobre la plantilla de la empresa existente en este momento presente, por lo que el recurso debe ser estimado.

Respecto a la retroacción de actuaciones solicitada por el recurrente, hay que señalar, que conforme manifestábamos en nuestra Resolución 522/2019, de 19 de diciembre, en base a la jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria) , en el caso de anulación de un criterio de adjudicación, el órgano no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. Por otro lado, el artículo 122.1 de la LCSP establece que en caso de modificación de las condiciones esenciales de los Pliegos de condiciones, considerándose esenciales los criterios de adjudicación.

Tal y como se encuentra redactado el PCAP y en especial los criterios de adjudicación, comunes a los tres lotes, debe estimarse el recurso por este motivo y en consecuencia declarar nulo dicho criterio y con él la totalidad del PCAP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46. 4 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, publicados el día de mayo y que regirán el contrato de “Servicios de organización y ejecución de actividades físico deportivas del

Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada” número de expediente 2019/003083, anulando el PCAP.

Segundo.- 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.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el día 11 de junio de 2020.

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.