

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

En Madrid, a 10 de mayo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don R.A.G., en nombre y representación de Integra Mantenimiento Gestión y Servicios integrados CEE, S.L.(Integra), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios “Limpieza de edificios adscritos al Distrito de Moratalaz” nº expte. 300/2016/01791, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 30 y 31 de marzo de 2017 se publicó, respectivamente, en el DOUE, el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Madrid y en el BOE, el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos de valoración automática o mediante fórmulas. El valor estimado del contrato es de 5.360.106,08 euros.

Segundo.- El apartado 20 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece los Criterios valorables en cifras o porcentajes hasta 100 puntos, entre los que se encuentran los siguientes:

- “Se valorará que los licitadores destinen a la subcontratación con Empresas de Inserción Social o Centros Especiales de Empleo un porcentaje superior al 5% del importe del contrato.....Hasta 10 puntos.

Se otorgará la mayor puntuación al licitador que haya ofertado el mayor porcentaje por encima del 5% establecido en el criterio de adjudicación. El resto de licitadores se valorarán de forma proporcional conforme a la siguiente fórmula:

$$P = P_o / P_oM \text{ (puntuación máxima)}$$

- Se valorará hasta con hasta 9 puntos el diseño y presentación por las entidades licitadoras de un Plan de igualdad específico que la entidad licitadora se compromete a aplicar en la ejecución del contrato, que detalle las políticas de igualdad de la empresa en relación con la ejecución del contrato, otorgándose la siguiente puntuación por cada una de las materias que se desarrollen y adopten en el Plan:

Salud laboral.....3 puntos
Retribuciones.....3 puntos
Acceso empleo.....3 puntos
(...)

- Conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras.....Hasta 8 puntos.

Se valorará hasta con 8 puntos las medidas para facilitar la conciliación de vida laboral, personal y familiar que la entidad licitadora se comprometa a adoptar para la plantilla que ejecute el contrato, según el siguiente baremo de puntuación:

- Flexibilidad de horarios laborales de entrada y salida en el trabajo. Por cada 30 minutos de flexibilidad en el horario de entrada y salida.....1 punto, con un máximo de 2 puntos.

- *Realización de la formación interna de la organización en horario laboral, o bien, en parte de éste. Por cada 20% de la formación interna que se realice en el horario laboral..... 1 punto, con un máximo de 4 puntos.*
 - *Información sobre centros del territorio especializados en cuidado de personas dependientes.....2 puntos.*
 - (...)
 - *Elaboración y aplicación, como elemento de calidad organizativa, de un código de buenas prácticas en materia de seguridad y salud laboral aplicable a la prestación objeto del contrato.....Hasta 10 puntos*
Se valorará hasta con 10 puntos la elaboración y aplicación de un código de buenas práctica en materia de seguridad y salud laboral que contemple las conductas específicas que han de observar las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato:
 - *Por utilización de productos de limpieza con garantía de no nocividad para el trabajador.....5 puntos.*
 - *Por medios de prevención para evitar riesgos laborales derivados del ejercicio de su trabajo.....5 puntos.*
- La empresa adjudicataria deberá presentar el código de buenas prácticas con carácter previo al inicio de la ejecución de la prestación, debiendo comprobarse por la persona responsable del contrato que resulta de aplicación durante la vigencia del contrato”.*

Tercero.- Previa presentación del anuncio correspondiente, el 21 de abril de 2017 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Integra, en el que solicita la anulación del PCAP en lo que respecta al apartado 20 del Anexo I, criterios de adjudicación, *“ordenado a la Administración aprobar unos criterios de adjudicación correctamente definidos y ajustados a Derecho”.*

Cuarto.- Dado traslado del mismo al órgano de contratación a los efectos del artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado

por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), con fecha 27 de septiembre, envió copia del expediente de contratación, así como el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP en el que expone que los criterios de adjudicación tienen una definición clara y precisa y por tanto el recurso debe desestimarse, solicitando la imposición a la recurrente de una multa al existir temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Transcurrido dicho plazo no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y en 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 recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de Integra, al tratarse de una persona potencial licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) pues de estimarse el recurso podría, en principio y sin perjuicio de ulteriores consideraciones, participar en el procedimiento en condiciones que considera más favorables.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal de 15 días hábiles previsto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues el anuncio fue publicado el 30 de

marzo en el perfil de contratante del Ayuntamiento y en el DOUE, habiendo sido interpuesto el recurso el día 21 de abril de 2017, dentro del plazo establecido.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, correspondiente a un contrato sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El fondo del asunto se concreta en determinar si se ajustan a la legalidad los criterios de adjudicación reproducidos en los antecedentes de hecho.

Alega la recurrente dos cuestiones, en primer lugar que los criterios mencionados no tienen relación con el objeto del contrato y por tanto incumplen lo establecido en el artículo 150 del TRLCSP y en el caso del criterio relativo a la subcontratación con centro especial de empleo, que vulnera los principios de libre concurrencia e igualdad de trato ante la duda de si puntúa o no en el caso de los centros especiales de empleo.

En segundo lugar, sostiene que todos ellos adolecen de falta de claridad y concreción y están desarrollados *“como un criterio sometido a juicio de valor, indicándose únicamente la puntuación máxima a otorgar y la distribución que se efectuará de la misma, debiendo afirmar, que en tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.”*

El órgano de contratación en su informe se refiere solo a la segunda cuestión que se analizará posteriormente.

En relación con el primer motivo del recurso debe señalarse que los criterios relativos al plan de igualdad, plan de conciliación de la vida laboral y personal y el

código de buenas prácticas tienen el carácter de criterios sociales sobre los que el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas resoluciones.

Como ya se dijo en la Resolución 206/2016 de 6 de octubre, *“el artículo 150 del TRLCSP establece que “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a “otros semejantes”, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios.*

Los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, contemplan también la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, además de la rentabilidad, el valor técnico, etc., pero estos criterios sociales, como se desprende de la literalidad del precepto son cualidades de la prestación dirigida a los destinatarios de la misma, no como en el caso del pliego sometido a este recurso, a los empleados de las prestadoras del servicio.

Como decíamos en nuestra Resolución 6/2016 de 3 de febrero, 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 el mismo sentido resulta oportuno citar, entre otros, el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública que realiza una serie de consideraciones generales sobre la inclusión de este tipo de cláusulas sociales: “a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores.

b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación, de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación.

c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias (“supresión” de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso”.

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.

Esta regulación, recoge los criterios jurisprudenciales sentados entre otras en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland, al concretar el alcance de los criterios de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que después de señalar en el considerando 55 que “no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora”, continúa indicando en sus considerandos 59 y 64 que “Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato.” (...) “De estas consideraciones resulta que, cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, con arreglo al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato”, relación que deberá ser examinada al caso concreto”.

El hecho de haber reconocido con carácter general la posibilidad de establecer criterios sociales en la Resolución anteriormente citada, así como lo ha hecho también el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 210/2016, no implica su aval incondicionado, sino que su reconocimiento requerirá un examen que deberá hacerse al caso concreto, y así se desprende del considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE “la determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada

oferta”, siendo “la oferta económicamente más ventajosa” “(la que) presenta la mejor relación calidad/precio”.

En el caso que analizamos y respecto de los criterios expresados por la recurrente, plan de igualdad, plan de conciliación y código de buenas prácticas, este Tribunal considera que existe identidad de razón suficiente para considerar aplicable el criterio sustentado por la Sentencia dictada en el Asunto C-368/2010, -que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no determinante de la calidad del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo-, a efectos interpretativos del artículo 150 del TRLCSP.

En este tipo de contratos, servicios de limpieza, las condiciones del personal que presta los servicios tiene una importancia significativa y determinante de la calidad de la prestación. Por lo que el contenido de los criterios de adjudicación mencionados, tienen una evidente repercusión en la misma. Debe añadirse el carácter público y no discriminatorio de tales criterios por lo que nada hay que objetar al contenido de los mismos, de acuerdo con el TRLCSP y su interpretación a la luz de las Directivas y jurisprudencia europea y que además no vulnera la libertad de empresa (Acuerdo del TACPA de 30 de agosto de 2016).

En consecuencia, considerando que los criterios expuestos resultan admisibles, en los términos del artículo 150.1 del TRLCSP, del 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE y de la Jurisprudencia, su inclusión es adecuada a Derecho y el recurso debe desestimarse por este motivo.

En cuanto al criterio que puntúa la subcontratación con Empresas de Inserción Social y Centros Especiales de Empleo, también tiene un carácter social pero no referido a los trabajadores que van a ejecutar del contrato, sino a la integración y empleo de personas discapacitadas, con un objetivo de carácter social.

La entidad recurrente, que tiene la consideración de Centro de Especial de Empleo, aunque no menciona esta circunstancia en su recurso, alega lo siguiente:

“¿cómo se puntuaría en caso de que concurriera a la licitación un Centro Especial de Empleo, y ello teniendo en cuenta asimismo el límite de la subcontratación establecido en el 60%?, ante tal cuestión, consideramos que concurre una posible vulneración de los principios rectores de la contratación y en particular del principio de libre concurrencia e igualdad de trato”.

Además añade: “Por tanto y con independencia de que se prevea específicamente la posibilidad de subcontratar en este supuesto, la inclusión de un criterio de adjudicación relativo a la subcontratación, redundante en la ejecución del contrato, y en el mantenimiento de las condiciones laborales de los trabajadores que actualmente vienen prestando el servicio. Así pues, si bien cabe plantearse la posibilidad de fomentar determinadas condiciones de subcontratación que se consideren deseables por el órgano de contratación, incorporando al pliego estas cuestiones relacionadas con la subcontratación, éstas no pueden tratarse en ningún caso de obligaciones legales –por razones obvias– en la forma de criterios de adjudicación”.

El órgano de contratación en su informe señala que “en realidad, respecto de este criterio, el recurrente no realiza ningún reparo, sino que plantea simplemente una duda; duda que, por otra parte, podía haber sido resuelta cuestionándola en el marco del procedimiento, tal y como se hace habitualmente al contestar las dudas y cuestiones que se plantean por los licitadores (...). Es evidente que el Pliego no establece ninguna obligación legal en materia de subcontratación, y que precisamente la aparición de esta cuestión dentro de los criterios de adjudicación supone considerarlo como una mejora voluntaria de la oferta, antes que como una obligación. Es decir, si hubiera sido configurada la subcontratación como una obligación, hubiera sido incluida como condición especial de contratación y no como criterio de adjudicación, como es el caso”.

Resulta evidente a la vista de las alegaciones del recurso que lo que se plantea es un problema de aplicación del criterio más que de legalidad del mismo.

La recurrente que como se ha indicado tiene la condición de Centro Especial de Empleo no argumenta en qué le puede perjudicar el criterio que prima la subcontratación con centros de tal naturaleza y solo se plantea si, caso de ser licitadora, se le asignarán o no los puntos citados. Objeción hipotética, puesto que no ha sido licitadora ni ha planteado una aclaración al órgano de contratación sobre este punto.

Por todo ello, no habiendo acreditado en qué aspecto le produce un perjuicio o existe una discriminación de trato en el criterio analizado, procede también la desestimación del recurso por este motivo.

Sexto.- Se alega como segundo motivo de recurso la falta de claridad en la definición de los criterios expresados.

El órgano de contratación en su informe analiza cada uno de los tres criterios expuestos por la recurrente, plan de igualdad conciliación de la vida laboral y código de buenas prácticas, concluyendo que en todos los casos *“el criterio está perfectamente definido en cuanto al contenido y las cuestiones que se van a valorar dentro del Plan y, por otra, asigna una puntuación concreta no ponderable a cada una de las materias que se han considerado para su inclusión en el Plan de Igualdad. Por consiguiente, no existe ni inconcreción ni capacidad de discrecionalidad alguna por la administración”*.

A la vista de la redacción del Pliego, el Tribunal coincide con el órgano de contratación en su apreciación. En los tres criterios se han determinado los aspectos que se van a valorar y la puntuación de cada uno de ellos sin que se exija más interpretación. Tampoco aquí la recurrente argumenta sobre qué aspectos considera ambigua la redacción de los apartados por lo que el recurso debe desestimarse por este motivo.

Séptimo.- Resta por último pronunciarse sobre la solicitud de imposición de multa realizada por el órgano de contratación.

El artículo 47.5 del TRLCSP establece que *“en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. (...)”*

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ 1990\3637. La Sentencia 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

En el recurso se plantean determinadas cuestiones que si bien no han tenido acogida por este Tribunal, pueden considerarse dentro del ámbito del derecho a la interposición de recurso como manifestación del derecho de tutela judicial efectiva, por lo que no se dan los elementos y requisitos para considerar temeraria su interposición de acuerdo con los anteriores parámetros, y no procede la interposición de la multa establecida en el 47.5 del TRLCSP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don R.A.G., en nombre y representación de Integra Mantenimiento Gestión y Servicios integrados CEE, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios “Limpieza de edificios adscritos al Distrito de Moratalaz” nº expte. 300/2016/01791.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal en su reunión de fecha 26 de abril de 2017.

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 49 del TRLCSP.