

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

En Madrid, a 22 de mayo de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.M.L. y don A.P.C., en representación de la empresa Innovación y Desarrollo Local S.L., contra el anuncio de la licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios “Apoyo a la búsqueda de empleo y orientación de formación para adecuación laboral a personas y familias en intervención en Servicios Sociales” del Distrito de Barajas del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2019/00212 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en la Plataforma de Contratación del sector Público publicado el 8 de abril de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 130.151,72 euros. Su plazo de duración será de dos años prorrogable hasta un máximo de cuatro años.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso la cláusula 19 del anexo I al PCAP: *“B .Criterios sociales hasta un máximo de 20 puntos Las empresas o entidades que aporten declaración responsable del representante legal en la que se indique que los salarios de los trabajadores que van a ejecutar el contrato se sitúan hasta un 5% por encima del convenio del sector se puntuará con (...) 20 puntos.*

En caso de ofertar menos de ese porcentaje se puntuará de forma proporcional. El adjudicatario deberá presentar en el plazo máximo de dos meses la documentación que acredite el cumplimiento de este criterio de adjudicación.

En el caso de que el adjudicatario ya cumpliera previamente alguna de las condiciones mencionadas, deberá hacerlo de igual forma y se le aplicarán las puntuaciones correspondientes a ese apartado”.

Tercero.- El 17 de abril de 2019 tuvo entrada en este Tribunal la solicitud por parte de los representantes de Innovación y Desarrollo Local S.L. de adopción de medidas cautelares de conformidad con el artículo 49 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), recibándose el día 22 de abril el recurso especial en materia de contratación, en el que solicita la anulación del anuncio de licitación y del PCAP y concretamente la supresión del criterio de valoración basado en criterios sociales y sus obligaciones contractuales derivadas.

El 24 de abril de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal de fecha 24 de abril de 2019.

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 una persona jurídica potencial licitador *“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 del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones fueron publicados el 8 de abril e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 22 de abril, 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 Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, 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.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la inclusión del criterio de adjudicación consistente en la mejora salarial de los trabajadores que intervengan de manera directa en la ejecución del contrato. Al efecto se alegan como motivos de recurso:

1-. Infringe el artículo 145 LCSP y Considerando 92 de la Directiva 2014/24 UE al no guardar conexión con el objeto del contrato.

2-. Infringe el artículo 150 LCSP cuya finalidad es elegir al licitador cuya oferta sea económicamente más ventajosa.

3-. Infringe los principios de transparencia, no discriminación igualdad de trato y libre concurrencia.

Opone la recurrente que otorgar un contrato público en base a una mejora salarial es discriminatorio, tanto para las mercantiles como para sus trabajadores, pues valora condiciones de empresas que ya las aplica mientras que, en la que no, se estarían valorando condiciones salariales mejoradas solo para el personal vinculado a la ejecución del contrato.

Trae a colación la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 235/2019, de 8 de marzo en la que se rechaza como criterio de valoración el incremento salarial en un contrato de servicios de limpieza.

Considera el órgano de contratación que dicho criterio de valoración está vinculado al objeto del contrato e incrementa el valor de la oferta en cuanto a la calidad del servicio. Considera que la actual legislación permite que la contratación pública sea un instrumento estratégico de crecimiento y creación de empleo.

Refiere la Resolución de este Tribunal nº 33/2018 de 24 de enero, en la que se considera vinculado al objeto del contrato un criterio de mejora salarial en un contrato de limpiezas, que como el que nos ocupa es de mano de obra masiva.

Se ha de advertir que de conformidad con el artículo 22.1b) de la LCSP, este contrato no está sujeto a regulación armonizada en cuanto que su valor estimado es de 130.151,72 euros, por lo que no le es de aplicación la Directiva 2014/24UE.

El tema de las cláusulas sociales, como la que es objeto de este recurso, ha sido insistentemente recurrido y objeto de resolución por este Tribunal, tanto cuando se plantea como criterio de adjudicación como cuando se incluye como condición de

ejecución. Así en relación a la admisibilidad como criterio de adjudicación este Tribunal consideró admisible un criterio como el ahora impugnado en numerosas resoluciones entre las que se destacan la número 354/2017, de 22 de noviembre y número 309/2017, de 25 de octubre.

La Resolución 331/2018, de 17 de octubre consolida la doctrina del Tribunal en cuanto a la inclusión de cláusulas sociales como criterios de adjudicación desarrollando pormenorizadamente el *iter* legislativo y jurisprudencial europeo que ha dado lugar a la consideración de las cláusulas sociales y medioambientales como herramientas para la consecución de objetivos generales de los países miembros en ambos aspectos. Se da aquí por reproducida dicha resolución.

Es necesario poner de manifiesto que la Resolución 33/2018 invocada por el órgano de contratación ha sido anulada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 2283/2019 de 14 de marzo, alegando las mismas consideraciones jurídicas que en sus Sentencias de 7 de junio de 2017 y 23 de febrero de 2018, sobre las Resoluciones de este Tribunal números 318/2016 y 337/2017. Es común en todas ellas y como razón primordial el desconocimiento de la mejora salarial como criterio social en la Directiva 2014/24 UE.

La transposición de la Directiva 2014/24/UE se ha llevado a cabo mediante 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 y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, donde ya queda claro el posicionamiento favorable a las cláusulas como la que nos ocupa.

Así en su artículo 122.2 establece que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares incluirán las consideraciones sociales, laborales y ambientales como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución.

Más explícitamente, en su 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.

(...).”

De lo expuesto 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. Por lo tanto la negativa a incluir este criterio como de adjudicación al no estar recogido explícitamente por la Directiva 2014/24UE, se ve truncada ante la letra de la propia Ley nacional.

Tal como establece el propio artículo 145.5 de la LCSP 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”.

En cuanto a la vinculación con el objeto del contrato ya queda explicitada en el artículo 145.6 de la LCSP y en la Directiva 2014/24/UE, (que invocamos a los solos efectos interpretativos) con una nota diferencial sobre el concepto tradicional,

entendido como incorporación al contenido material del objeto contractual:

“Artículo 145.6. 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) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

En realidad este artículo de la ley y de la Directiva se recoge y codifica la interpretación jurisprudencial previa, pues ya la STJUE de 10 de mayo de 2012 Comisión/Países Bajos, asunto 368/10, anteriormente mencionada supera la anterior estricta interpretación de la vinculación del criterio con el objeto del contrato. Este concepto se define de una manera más flexible y amplia no precisando de la incorporación física a la prestación. Así por ejemplo sería admisible que un contrato de suministro de energía imponga como criterio de adjudicación su procedencia de energías renovables para favorecer la no emisión de CO₂ a la atmósfera, pero no puede imponer que la política de la empresa sea esa impidiendo que en su funcionamiento incluya la distribución de energía procedente de fuentes que sí lo emiten. Como se ve es criterio de adjudicación que no afecta a la mayor o menor calidad de la energía que se suministra, pero sí afecta al proceso de producción del bien objeto del concreto contrato y en ese sentido se considera vinculado al objeto del contrato. Esta misma explicación que en general se admite respecto de los criterios medioambientales, o sociales como el comercio justo, cabe admitirla también respecto de otros criterios sociales. No es necesario que las mejoras en la calidad del empleo deban repercutir en la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, basta que se refieran a aspectos influyentes del

proceso de la prestación para que adquirieran la nota de vinculación con su objeto.

Habiendo invocado el recurrente la Resolución del TACRC nº 235/2019 de 8 de marzo, este Tribunal considera necesario poner de manifiesto el voto particular emitido por uno de sus vocales. En dichas alegaciones se acoge la doctrina por nosotros mantenida en cuanto a la interpretación del concepto de vinculación al objeto del contrato del artículo 145.6, en cambio no podemos traer a colación el resto de fundamentos jurídicos de dicha resolución por estar basados en la Directiva 2014/24 UE que como ya hemos manifestado no es de aplicación a este contrato al no estar sujeto a regulación armonizada.

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.

Conviene recordar que el artículo 116.4 c) de la LCSP exige la justificación adecuada en el expediente de los criterios de adjudicación. Esta necesidad adquiere especial importancia cuando se incluyen entre dichos criterios los sociales y medioambientales.

Dicha justificación debe existir en todo caso en el expediente y debe ser lo más completa posible, individualizada respecto de los criterios y contrato concretos, evitando argumentos retóricos o estereotipados y referido a la vinculación entre ambos. En este sentido se han manifestado la Resolución nº 184/2018 de 29 de octubre del RTACP de Canarias y la Resolución nº 15/2019, 14 de febrero del RTARCCYL.

En el caso concreto que nos ocupa la justificación del criterio de valoración de carácter social se encuentra recogido en el Anexo 1 al PCAP en su apartado primero donde se establece: *“En el distrito de Barajas ha aumentado considerablemente la atención a la población en situación de dificultad social, familiar y/o personal, acentuándose con la llegada de familias adjudicatarias de vivienda pública, en*

régimen de alquiler social y/o atención prioritaria, procedentes de otros distritos de Madrid.

Estas familias debido a su escasa formación laboral, se encuentran en situación de riesgo de exclusión social, eso se agrava más, en el contexto actual de precariedad en el empleo y en situaciones de desempleo prolongado.

Muchas personas necesitan una capacitación adecuada para acceder al mercado de trabajo. Desde Servicios Sociales se valora la necesidad de desarrollar este servicio para apoyar la incorporación de estas personas al mercado laboral.

Por ello el Servicio de apoyo a la búsqueda de empleo y orientación de formación para adecuación laboral a personas y familias en intervención social en Servicios Sociales del distrito de Barajas supone un apoyo importante a las personas en riesgo de exclusión, ofreciendo una intervención integral como complemento de la intervención llevada a cabo desde Atención

Social Primaria.

La Administración Municipal carece de los medios personales y técnicos para realizar adecuadamente el objeto del contrato, por lo que procede iniciar el presente expediente de contratación, para el que se consignará una reserva de crédito suficiente para el ejercicio económico que comprende el Presupuesto Municipal del Ayuntamiento de Madrid.

En el presente expediente de contratación se considera que la estabilidad en el empleo y el mantenimiento de las condiciones de las personas trabajadoras que prestarán el servicio, son las idóneas para la realización de las actividades propuestas y redundarán en la mejor ejecución del servicio”.

Por otro lado, no debe olvidarse que la inclusión de estos criterios sociales debe respetar en todo caso el principio de igualdad y no discriminación entre las empresas licitadoras tal y como se establece en el artículo 132.1 de la LCSP.

El artículo 145.5 d) establece como regla para la determinación de los criterios de valoración su proporcionalidad. En el caso concreto que nos ocupa la valoración de un incremento de un 5% del salario del único trabajador que ejecutará el contrato alcanza la puntuación de 20 puntos.

La proporcionalidad del valor de los criterios sociales deberá estudiarse de forma individualizada. En el presente caso considerando que el criterio precio tiene asignado 30 puntos y que el criterio sujeto a juicio de valor tiene asignados 40 puntos, lo que totaliza 70, se ha de considerar a los otros dos criterios como complementarios en la obtención de la puntuación total. Consideración que se ve afianzada por la posibilidad de obtención de puntuación porcentual tanto en el caso de la mejora salarial como en la mejora en el transporte de los beneficiarios del servicio objeto del contrato.

La normativa en materia contractual con la inclusión de cláusulas sociales como criterios de valoración no pretende incrementar el coste de los contratos, sino ayudar a identificar junto con el resto de criterios la oferta más ventajosa en relación calidad precio.

La existencia de criterios distintos al precio conlleva la posible adjudicación a la oferta que no sea la más económica. Porque el concepto oferta más ventajosa no es sinónimo de oferta más barata. Se ha de admitir que el incremento salarial en un contrato con mano de obra masiva incrementa irremediabilmente el coste del final de la adjudicación, lo cual no significa a priori que esa oferta no sea la mejor en relación calidad precio.

La nueva visión de la contratación pública debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar.

Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede determinar cuál es la mejor oferta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación.

No hay que confundir precio con valor. El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio.

Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental.

En el concreto caso que estamos resolviendo, la mejora salarial del único empleado que ejecutará el contrato, pretende evitar el trasiego de profesionales que alteraría la consecución de los fines sociales que persigue el contrato y que han sido correctamente justificados.

Por todo ello se desestima el recurso en base a todos los motivos alegados.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.M.L. y don A.P.C., en representación de la empresa Innovación y Desarrollo Local S.L., contra el anuncio de la licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios “Apoyo a la búsqueda de empleo y orientación de formación para adecuación laboral a personas y familias en intervención en

Servicios Sociales” del Distrito de Barajas del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2019/00212.

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 24 de abril de 2019.

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.