

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

En Madrid, a 22 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don A.R.A., en nombre y representación de la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (ACOSEPRI), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato denominado “Servicio para la vigilancia y seguridad de los edificios y otras dependencias del Distrito de Tetuán”, del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente: 300/2017/01289, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 31 de octubre de 2017 se publicó en el DOUE y en el Perfil de contratante el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado. El 4 de noviembre se publica el anuncio en el BOE. El valor estimado del contrato es de 2.159.231,05 euros.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de la resolución del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en su anexo I, apartado 20 como criterio de adjudicación:

“2.1. APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: 12,50 puntos.

Por el compromiso de aplicar durante toda la vigencia del contrato a los Vigilantes que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato las condiciones contenidas como mínimo en el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad vigente (o el texto que le sustituya).”

Tercero.- El 8 de noviembre de 2017, previo anuncio al órgano de contratación, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación formulado por ACOSEPRI, en el que solicita que *“se declare la nulidad del proceso de contratación así como de los pliegos impugnados, eminentemente en lo que respecta a la inclusión de la cláusula 20, apartado 2.1) del PCAP así como que se pueda considerar criterio social la aplicación de un determinado convenio colectivo en la subrogación de trabajadores.”*

Cuarto.- El órgano de contratación remitió el expediente y el informe preceptivo establecido por el 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 14 de noviembre de 2017, en el que solicita la desestimación del recurso.

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 ACOSEPRI, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, de empresas del sector de la seguridad, potenciales licitadores, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

En los Estatutos de la asociación se establece, en cuanto a su ámbito territorial y profesional, que ACOSEPRI es de carácter estatal, y en cuanto a sus fines, el artículo 6

de los citados Estatutos, establece que: *“los fines de la asociación son la representación, defensa y promoción de los intereses económicos, sociales y culturales de las empresas de seguridad asociadas (...)”*.

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

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) correspondiente a un contrato de servicios, con CPV 79710000-4, “Servicios de seguridad”, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha presentado en tiempo y forma, pues la publicación de la convocatoria tuvo lugar el 31 de octubre de 2017 en el DOUE y en el Perfil de contratante poniendo a disposición de los interesados los pliegos y el recurso se interpuso el día 4 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Considera la asociación recurrente que el PCAP publicado atenta contra los principios de la contratación pública y normativa de aplicación, por lo que deberá declararse la nulidad de su cláusula 20.2.1, pues la misma resulta contraria a derecho y, además, atenta contra los principios de riesgo y ventura, equilibrio de contraprestaciones, igualdad, legalidad y búsqueda de la mejor oferta económica. En defensa de su postura argumenta que la cláusula impugnada no guarda relación con el contenido contractual. Resulta total y absolutamente alejado a la obligación de prestar el servicio contratado el exigir o valorar el importe de las retribuciones que reciba el personal de seguridad afecto al contrato, por cuanto la normativa laboral vigente en nuestro ordenamiento jurídico permite expresamente la suscripción y aplicabilidad de los denominados convenios de empresa vía descuelgue del convenio colectivo estatal. Añade que los órganos de contratación no pueden desestimar ofertas por el mero hecho de no ajustarse a las tablas salariales del Convenio Colectivo Nacional del Sector en cuestión, debiendo considerarse nula la inclusión en los pliegos de cláusulas como la impugnada donde se prima, precisamente, la aplicación de las referidas tablas salariales

y con una puntuación tal que resultará determinante para la elección de adjudicatario, lo cual supone un flagrante infracción de la normativa reguladora de la contratación pública por aplicación indebida de lo enunciado en el artículo 118 del TRLCSP, el cual sí que avala la posibilidad de revisar situaciones irregulares en la ejecución del contrato pero no al momento de elegir adjudicatario.

Por su parte, el informe del órgano de contratación sostiene que *“No cabe duda que la estabilidad en el empleo y el mantenimiento de las condiciones de las personas trabajadoras que prestan el servicio durante la vigencia del contrato implica mayores ventajas para la prestación objeto del mismo y añade valor al servicio de que se trate en aquellos contratos como el presente en el que el componente de la mano de obra es esencial. Es por ello que la cláusula social contemplada como criterio de adjudicación en el apartado 20.2.1 del presente pliego de cláusulas administrativas particulares resulta adecuada al objeto del contrato y acorde con la legislación vigente en materia de contratación pública y con la Directiva 24/2014/UE que la posibilita en su considerando 39.”*

El tema de las cláusulas sociales como la que es objeto de este recurso ha sido insistentemente recurrido por la asociación ACOSEPRI y alguna de las empresas asociadas, tanto cuando se plantea como criterio de adjudicación como cuando se incluye como condición de ejecución. Así en relación a la admisibilidad como condición de ejecución cabe mencionar la reciente Resolución 331/2017, de 8 de noviembre, con cita de la Resolución 196/2017, de 5 de julio y otras incluidas en esta. Como criterio de adjudicación este Tribunal consideró admisible un criterio como el ahora impugnado en la Resolución 309/2017, de 25 de octubre, en la que mantiene y refuerza argumentalmente el criterio que ha seguido en otras anteriores.

Según la doctrina por cláusula social cabe entender toda disposición incluida en un contrato en virtud de la cual la parte prestadora del servicio asume, como condición de acceso, de valoración para la adjudicación o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política socio laboral.

Mientras se veía, casi de forma unánime, con buenos ojos exigir el cumplimiento

de exigencias sociales en la ejecución del contrato por la empresa adjudicataria, se mantenía una opinión reticente a la hora de puntuar o valorar aspectos sociales para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Con el tiempo, de la mano de las nuevas normas sobre contratación pública, y de la jurisprudencia de distinto ámbito se han ido limando dichas reticencias. El problema actual radica más bien en el contenido material de las indicadas cláusulas sobre todo en relación con el tema salarial si conlleva la aplicación de una norma o un convenio colectivo que inicialmente no le era de aplicación a la empresa adjudicataria.

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 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, aspectos 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 ‘a oferta económicamente más ventajosa’, ‘(la que) presenta la mejor relación calidad/precio’.

En el mismo sentido, la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001, sobre legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, señala que los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución, dado que su finalidad debe consistir en hacer posible la evaluación de

calidades intrínsecas de un producto o una prestación, sin que necesariamente deba identificarse con una ventaja económica o beneficio del poder adjudicador.

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.”

Como también señaló el Tribunal en la Resolución 206/2016, de 6 de octubre, en la se impugnaba una cláusula análoga a la ahora impugnada: *“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 contrato concreto, en el que el contenido de los criterios de adjudicación controvertidos no se encuentran incorporados material y específicamente a la prestación pero tienen una evidente repercusión en la calidad de la misma. Esta aplicación, por otro lado no resulta impedida por otro pronunciamiento jurisprudencial en*

contra”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea avala que se pueda imponer, como condición de ejecución de un contrato, el pago de un salario mínimo a trabajadores en la Sentencia de 17 de noviembre de 2015, RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz, asunto C-115/14, en relación con la obligación, impuesta a los licitadores y a sus subcontratistas en el contexto de la adjudicación de un contrato público de servicios postales del municipio, de comprometerse a pagar un salario mínimo al personal que ejecute las prestaciones objeto de ese contrato público. Así concluye el considerando 77 *“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 26 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa.”* Recordemos que el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE se refiere a condiciones de ejecución de los contratos.

Abundando en lo dicho, procede añadir que el considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE, explica que *“Por otra parte, a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato público en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción, prestación o comercio de dichas obras y sus condiciones, suministros o servicios, o un proceso específico en una fase ulterior de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. (...) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aquí deben incluirse también los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato que se refieran al suministro o a la utilización*

de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato que vaya a ser adjudicado. Los criterios y condiciones relativos al comercio y sus condiciones pueden referirse, por ejemplo, al hecho de que el producto de que se trate procede del comercio justo, incluyendo el requisito de pagar un precio mínimo y una prima a los productores. (...)

No obstante, la condición de que existe un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.” (El subrayado es nuestro).

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, pretende reforzar la utilización de la contratación como instrumento de apoyo a los objetivos sociales y esto puede entenderse como el cumplimiento de un fin estratégico adicional a la satisfacción de las necesidades administrativas que se pretenden cumplir con la ejecución del contrato. Es decir, además de la ejecución de las obras, de la entrega de los bienes o de la prestación del servicio es lícito pretender otros objetivos estratégicos, fundamentalmente medioambientales y sociales. Representa así un punto de inflexión en relación con la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, ya que apuesta claramente por la incorporación de la Estrategia Europa 2020, a través de la contratación pública, que pasa a configurarse como un instrumento de cohesión social. La integración de políticas sociales y medioambientales en la contratación pública como instrumento de ellas es algo que no admite duda a pesar de la resistencia o inercia a mantener una interpretación restrictiva o con parámetros legislativos superados. Se trata del establecimiento de cláusulas vinculadas al objeto de la prestación pero que no son estrictamente necesarias para su realización y obedecen a un objetivo social o medioambiental. Así, por ejemplo, cuando se adquieren vehículos no contaminantes, la condición de no emisión de CO₂ no determina que el transporte o desplazamiento como objetivo que se pretende conseguir con el contrato se haga en mejores o peores condiciones de calidad o comodidad, sino que el valor añadido por esta cláusula es la consecución de un objetivo medioambiental externo a la finalidad de la adquisición pero

vinculado a la calidad medioambiental de los vehículos y por tanto al objeto del contrato. Tampoco tiene que significar que se adquiere el vehículo más barato sino el económicamente más ventajoso en términos de comparación coste eficacia. Esta explicación, generalmente admitida respecto de los criterios medioambientales es perfectamente trasladable a los sociales y a los requisitos que deben cumplir en cuanto a la vinculación con el objeto del contrato.

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 reciente 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.

En este sentido, recuerda la Comisión que la nueva generación de directivas sobre contratación pública aprobadas en 2014, tiene como objetivo global *“obtener una mejor relación calidad-precio para el dinero público, proporcionar mejores resultados para los objetivos sociales y de otras políticas públicas, al tiempo que se aumenta la eficiencia del gasto público”*.

Advierte también la Comisión que las posibilidades de contratación estratégica no se están utilizando suficientemente, y que *“Las directivas sobre contratación pública dan completa libertad a los compradores públicos para optar por compras basadas en criterios cualitativos de coste-eficacia. Sin embargo, la mayoría de las licitaciones económicamente ventajosas sobre la base de un enfoque de relación coste-eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos, siguen estando infrutilizadas”*.

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 (LCSP/2107). Aquí ya queda claro el posicionamiento favorable a las cláusulas como la analizada. La LCSP/2017, que entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el BOE, parece aclarar el asunto. 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 y “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.” (Subrayado nuestro).

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:

1.º 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.” (Subrayado nuestro).

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

El artículo 150 del TRLCSP que es el que debemos aplicar, interpretado a luz de las nuevas directiva de contratación pública y la transposición de las mismas que realiza la LCSP/2017, permite y está pensado para incorporar cláusulas medioambientales y sociales entre otras con la finalidad de favorecer determinadas mejoras laborales.

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 resulte de aplicación, puede mejorar las condiciones salariales y laborales de los trabajadores adscritos a la ejecución de este contrato. La igualdad se evidencia en que a la hora de comparar las ofertas se hace a igualdad de costes siendo más desigual competir con diferentes salarios procedentes de convenios “*descolgados*” que sí pueden ocasionar distorsiones en la competencia o *dumping* social.

En cuanto a la vinculación con el objeto del contrato ya queda explicitada tanto en la Directiva 2014/24/UE como en el artículo 145.6 de la LCSP/2017, (que invocamos a los solos efectos interpretativos) una nota diferencial sobre el concepto tradicional, entendido como incorporación al contenido material del objeto contractual. 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 adquieran la nota de vinculación con su objeto.

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 los de servicios de

seguridad. La introducción de criterios de adjudicación o condiciones de ejecución sociales puede ser una forma de prevenir la conflictividad laboral evidenciada en los últimos tiempos en contratos de la misma naturaleza del que se pretende contratar, con rebajas salariales, impagos en los servicios de vigilancia de la Comunidad de Madrid, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social o la anulación de convenios de empresas firmados en fraude de ley para obtener ventajas competitivas en las licitaciones frente otros competidores cumplidores de la legislación laboral.

Por cuanto antecede, considera el Tribunal que debe desestimarse el motivo de recurso.

Sexto.- Alega la asociación recurrente que la cláusula impugnada no permite seleccionar la oferta más ventajosa. La asignación de 12,5 puntos por el acatamiento de un determinado convenio colectivo, teniendo en cuenta el escaso margen que suele existir en las ofertas de los licitadores por cuanto todos ellos suelen tener un aproximamiento en las ofertas técnicas, hará indudablemente de decantar la elección del adjudicatario en favor de aquel que conlleve un mayor gasto para la administración convocante, primando la administración el importe de los salarios de los trabajadores antes que el importe de la factura que deberá abonar por la prestación de los servicios en contratación.

La valoración como criterio de adjudicación de la aplicación de un convenio colectivo que garantiza salarios más altos que el convenio de empresa legalmente aplicable, es cierto que supone un mayor coste para el licitador que lógicamente repercutirá en el importe de su oferta al poder adjudicador y supondrá un precio de adjudicación más elevado cuando podría conseguirlo a un precio menor. Pero el asunto de la selección de ofertas hay que reconducirlo no a la selección de la oferta más barata sin términos de comparación de calidad. Por ello junto al criterio de adjudicación precio deben haberse definido previamente unas condiciones mínimas de calidad que permitan comparar los precios en igualdad de condiciones o admitir mejoras del nivel mínimo de calidad que se valoran en concurrencia con el precio.

Pues lo mismo ocurre con los criterios sociales o medioambientales. La mejor oferta ha de seleccionarse en términos de la mejor relación calidad-precio y la calidad puede referirse a aspectos sociales o medioambientales tal como venimos sosteniendo.

Séptimo.- La recurrente argumenta que la cláusula impugnada supone una vulneración al principio de autonomía de la voluntad por ir en contra del ordenamiento jurídico. Y se plantea si ¿Puede ser la inaplicación de una ley objetivo legítimo de una cláusula social? Indica que entre los límites al principio de libertad de pactos figura el respeto al ordenamiento jurídico, y parece rebasarlo pretender sustituir al legislador que, nos guste o no, ya ha definido la llamada flexibilización de la negociación colectiva como un bien jurídico, y no como algo indeseable que deba evitarse o paliarse con todos los instrumentos a disposición de los poderes públicos, incluida la contratación. Esta conclusión se refuerza si se toma la perspectiva de la libre competencia, y considera, con todas las matizaciones que se quiera, pero también con claridad meridiana, que los costes laborales derivados de un convenio territorial pueden decaer en ciertos casos en perjuicio de los trabajadores y en beneficio de la competitividad empresarial.

En el presente supuesto la finalidad de la cláusula no es la derogación o inaplicación general de la Ley (cosa obviamente imposible de lograr mediante condiciones contractuales), sino que las empresas renuncien al uso de los instrumentos que ésta les facilita y en la ejecución de este concreto contrato se apliquen condiciones laborales del convenio sectorial si están son superiores a las que tienen los trabajadores que se adscriban a la prestación y esto, como se ha expuesto anteriormente, se enmarca en el contenido de un contrato al amparo de lo regulado por el artículo 150 TRLCSP, en base a la pretensión de seleccionar la mejor oferta para el cumplimiento de los fines que se pretenden satisfacer.

El criterio de adjudicación objeto del recurso no supone un exceso sobre la función regulatoria vinculada exclusivamente a la correcta ejecución del contrato y no proyecta sus efectos sobre la organización general de las empresas licitadoras imponiendo normas sobre las que carece de título competencial, respetando el derecho a la libertad de empresa.

El criterio de adjudicación impugnado tampoco supone una inaplicación o reforma encubierta de la legislación laboral vigente que autoriza en determinadas circunstancias a poseer un convenio de empresa, puesto que siendo el criterio expuesto de valoración de las ofertas, debe ser necesariamente un plus respecto de lo exigido por la Ley general y no pretende otra cosa que garantizar la calidad del servicio, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP que reserva a los órganos de contratación la facultad determinar sus necesidades y la forma más idónea de satisfacerlas, dentro de los límites establecido en la ley.

Los pliegos no son instrumento derogatorio de una norma laboral ni pretenden impedir la aplicación de los convenios de empresa, sino que respetando su existencia y aplicación priman la mejora de condiciones del personal adscrito a la ejecución del contrato. Igual que la contratación de autobuses no contaminantes no pretende la derogación de la normativa medioambiental que permite la fabricación y uso de vehículos propulsados por otras energías más contaminantes sino la promoción de estos medios de transporte en la ejecución concreta del contrato, tampoco los criterios sociales pueden derogar la regulación laboral sino que la ejecución de un contrato se haga con criterios de calidad social. La aplicación de un criterio de adjudicación que solo afecta a un contrato con poderes públicos no puede compararse con la general inaplicación de una norma que es el contenido de una derogación normativa.

El PCAP impugnado contiene una mejora voluntaria en las condiciones salariales, que se puede ofertar o no, que no impone un determinado convenio colectivo, ni lo declara de aplicación (circunstancias que este Tribunal ha reconocido que no se pueden regular vía pliegos) respetando el sistema de fuentes del derecho laboral, sino que valora para la determinación de cuál es la mejor oferta una mejora de la calidad del empleo. Las condiciones reguladas en un convenio de empresa o sectorial pueden ser mejoradas en los contratos individuales y la administración contratante en la fase de ejecución de la prestación del servicio que contrata quiere regular un factor, como es la aplicación de las mejores condiciones del convenio sectorial que, aunque no forme parte de la sustancia material de la prestación, influye en la ejecución más o menos conflictiva del mismo y forma parte, además, de la finalidad estratégica que puede perseguirse con la contratación.

Este criterio de adjudicación tampoco se inmiscuye en las relaciones de empresa-trabajador, ni en la política general de la empresa, que puede firmar los convenios de empresa o contratos de trabajo individuales conforme a la regulación laboral, lo único que pretende es que la ejecución de la prestación se haga en unas determinadas condiciones sociales al igual que podría requerir unas condiciones medioambientales de la prestación del servicio, sin que la empresa en su política general tenga que participar de la misma ni se le pueda discriminar por no hacerlo o imponer esa determinada política. Los pliegos no pueden exceder su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del concreto contrato proyectando sus efectos en la organización de la empresa, pero la asociación recurrente no indica cómo pagar un determinado nivel salarial que se deriva de la aplicación del convenio sectorial a costa del presupuesto o precio del contrato que será pagado por la administración puede limitar su derecho a la libertad de empresa o su actuación en el mercado.

Octavo.- Finalmente considera la recurrente que la cláusula impugnada ha sido anulada en determinados pronunciamientos doctrinales y judiciales. Señala que sobre la no consideración como criterio social de la exigencia de aplicabilidad de un determinado convenio colectivo ya se ha pronunciado suficientemente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mediante sus resoluciones 210/2016, 1059/2016 y 312/2017, entre otras y, de igual modo, la jurisdicción contenciosa administrativa resultando destacable la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 7 de junio de 2017.

En cuanto a los pronunciamientos judiciales citados por la recurrente y que avalarían su tesis, concretamente la Sentencia de 7 de junio de 2017, de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, este Tribunal no desconoce su existencia pero cabe citar igualmente la Sentencia de 30 de mayo de 2003, de la Sección Novena de esa misma Sala y Tribunal, que se pronunció a favor del Decreto 213/98, de 17 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que establecía medidas en la contratación administrativa de la Comunidad, para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, en definitiva criterios objetivos de adjudicación de los contratos, en relación con la

estabilidad en el empleo y la contratación de trabajadores minusválidos por encima del mínimo legal.

Los Fundamentos de Derecho de esa temprana Sentencia, anterior al actual texto refundido y a las vigentes Directivas de contratación, concluyen que *“del examen del Decreto impugnado se desprende que por este, no se establece una nueva condición limitativa para la contratación; ello no tiene lugar por una parte por la normativa relativa a los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo establecidos en el artículo 2 del Decreto puesto que la misma no establece sino unos criterios que han de incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que pueden o no ser cumplidos por las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato, pero que no prohíben ni limitan tal concurrencia con independencia de que su cumplimiento pueda alcanzar una determinada ponderación (20%), del total de la baremación sin que por otra parte tales criterios requieran siempre una valoración de los trabajadores con contrato indefinido de la empresa y así acontece con los criterios previstos en los apartados c) y d) del precepto. Tampoco cabe apreciar la condición limitativa alegada por la actora en relación con la normativa relativa a los trabajadores minusválidos (artículos 4 y 5 del Decreto), por cuanto como manifiesta la propia actora o bien se trata de una obligación ya establecida previamente en las leyes 13/82 de 7 de abril, artículo 38.1 y 66/97 de 30 de diciembre (disposición Adicional 39), o bien la inclusión en la plantilla de trabajadores minusválidos determina una preferencia en la adjudicación siempre que exista igualdad en los términos de las proposiciones ‘después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos en los concursos’; lo que ya venía previsto en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 13/95. Así pues, ha de entenderse que los criterios contemplados por el Decreto impugnado ni prohíben ni limitan las posibilidades de contratar con la Administración más allá de lo establecido en el art. 20 de la Ley 13/95 de 18 de mayo”.*

De igual modo, la Sentencia, de 6 de octubre de 2003, de la Sección Tercera de esa misma Sala y Tribunal, respecto de la norma anteriormente citada, el Decreto 213/1998 del Consejo de Gobierno, en su Fundamento de Derecho Tercero señala que *“Partiendo del hecho indiscutido de que los criterios establecidos en el artículo 2 del Decreto impugnado hacen referencia a la plantilla de la empresa con especial*

incidencia aunque no única en los trabajadores con contrato indefinido, entiende esta Sección, que aquellos ofrecen una doble vertiente: por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tienen una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración.

Ha de entenderse por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria”.

El Fallo en ambas sentencias fue desestimatorio de la pretensión de nulidad de Decreto impugnado. Hasta la fecha el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el tema.

La Sentencia de 30 de diciembre de 2014, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) concluye que una Norma Foral, a través de la cual se exige el cumplimiento del convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato a la empresa que resulte adjudicataria, imponiéndose así el salario que allí se establezca, no vulnera el Derecho comunitario y tampoco el Estatuto de los Trabajadores (ET). En primer lugar, en lo que respecta a si la Norma Foral vulnera la normativa laboral vigente, y concretamente, la posibilidad de descuelgue del convenio colectivo, por un lado, y la prioridad aplicativa del convenio de empresa, por otro lado, el TSJPV señala que la Norma Foral ni establece normas ni desarrolla el ET. Esto es, no se trata de disposiciones normativas en materia jurídico-laboral que

repercutan de forma directa e imperativa sobre el campo jurídico de los particulares y las empresas. Si así fuera, está de acuerdo con que la institución foral guipuzcoana carecería de competencia para ello. A su parecer, la Norma Foral establece un conjunto de condiciones contractuales o clausulado general dirigido al sector público subordinado a dicha institución, de forma que la afectación a las empresas licitantes tan solo se produciría por la fuerza del contrato que eventualmente se suscriba y a título de obligaciones surgidas del mismo, y no a título de obligaciones surgidas por Ley o reglamento jurídico.

Todo ello muestra que respecto de la cuestión debatida no existe en el momento presente una jurisprudencia consolidada contraria la inclusión de este tipo de cláusulas, como afirma la recurrente y sí una evolución doctrinal y legislativa favorable.

En consecuencia, considerando que el criterio de adjudicación impugnado resulta a juicio de este Tribunal admisible, en los términos del artículo 150.1 del TRLCSP, del 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE y de la Jurisprudencia Europea, su inclusión es adecuada a Derecho y el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 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 A.R.A., en nombre y representación de la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (ACOSEPRI), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato Servicio para la vigilancia y seguridad de los edificios y otras dependencias del Distrito de Tetuán”, número de expediente: 300/2017/01289.

Segundo.- Declarar que no procede apreciar la posible 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.- 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.