

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

En Madrid, a 29 de noviembre de 2017.

VISTA la reclamación interpuesta por don J.M.N. y don J.M.S., en nombre y representación de las Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales (AFELIN), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la licitación del contrato de “Servicios de limpiezas y otros servicios higiénicos en edificios y dependencias de Canal de Isabel II, S.A.”, número de expediente 154/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 14, 24 de octubre y 10 de noviembre de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, el BOCM, el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, dividido en dos lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto, criterio único precio, y un valor estimado de 20.337.191 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto de la reclamación que de acuerdo con el apartado 5.1 A) 3 del Anexo I del PCAP, relativo a los requisitos de solvencia técnica y profesional se exige lo siguiente:

“3. Los licitadores deberán contar con los siguientes certificados:

Gestión Medioambiental ISO 14001.

OHSAS 18001:2007 para trabajos de limpiezas.

Certificado de Responsabilidad Social Corporativa SA 8000, SGE 21 o SR-10:2001.

En caso de UTE, será necesario que dispongan de dichas certificaciones al menos la empresa o empresas que constituyan el 50% de la UTE”.

Segundo.- El 13 de noviembre de 2017, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 104 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE), tuvo entrada en este Tribunal, al reclamación formulada contra los pliegos por la representación de AFELIN.

En la reclamación solicita que *“se declare la obligación de subsanar de los pliegos eliminándose la obligación de que las empresas que participan en la licitación tengan que estar en posesión de los certificados que se relacionan en el pliego de condiciones, y que acredite a la empresa en responsabilidad social corporativa y que sea mediante otros medios la acreditación de la solvencia técnica”.*

Dicha reclamación fue remitida por el Tribunal a Canal de Isabel II, S.A. el mismo día requiriéndole para que de conformidad con lo establecido en el artículo 105.2 de la LCSE, remitiera el expediente de contratación acompañado del correspondiente informe, lo que verificó el día 17 de noviembre de 2017. En el indicado informe se solicita la desestimación del recurso al considerar que los certificados exigidos son conformes a derecho, en los términos que se expondrán al analizar el fondo de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato el PCAP señala que: *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la Ley 31/2007,*

de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (...).

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente:

“Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, [actual artículo 40 del TRLCSP] serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:

a. Resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en esta Ley”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 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) y el artículo 3.2 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 la reclamación.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica representativa de intereses colectivos relacionados

con el objeto del contrato, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo, pues la convocatoria del contrato se anunció en el DOUE el 14 de octubre de 2017, habiéndose puesto los pliegos a disposición de los interesados en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid el 24 de octubre, por lo que la reclamación interpuesta el día 13 de noviembre se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 104.2 de la LCSE.

Cuarto.- El objeto de la reclamación es el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) correspondiente a un contrato de servicios, relacionado con las actividades del artículo 7 de la LCSE, sujeto a la misma al superar los umbrales establecidos en su artículo 16.a).

Quinto.- En cuanto al fondo, la reclamante aduce las siguientes cuestiones relativas a los criterios de selección contemplados en el PCAP:

1. Se alega, en primer lugar, sobre la exigencia de los Certificado OSHAS 18001, Certificado ISO 14001. *“Entendemos que la obligación de exigir los certificados, como cumplimiento obligatorio, relacionados anteriormente es totalmente excluyente para poder participar en la licitación y es un hecho discriminatorio contra la pequeña y mediana empresa. La legislación española establece cautelas para evitar la restricción no justificada de la libre competencia, y de esa forma los artículos 80 y 81 del TRLCSP, referidos respectivamente a la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión medioambiental, admiten la posibilidad de que el órgano de contratación pueda requerir certificados de normas de calidad o de gestión medioambiental, estableciendo, pero, en ambos casos, que los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes*

expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios. Es decir, aunque puede estar justificado requerir acreditaciones de calidad o medioambientales por estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales del cumplimiento de normas de gestión de calidad o medioambientales, el órgano de contratación está obligado a admitir medios de prueba alternativos a los certificados exigidos en el pliego.”

Argumenta que *“este hecho, va en contra de los principios de libertad de acceso y libre concurrencia en las licitaciones, además estos pudiéndose restringir artificialmente la competencia con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos debiendo los poderes adjudicadores actuar de manera transparente y proporcionada”,* citando lo dispuesto en el artículo 62 de la Directiva 2014/24/UE.

Por su parte el órgano de contratación, señala que el artículo 40 de la LCSE relativo a los criterios de selección cualitativa, prescribe lo siguiente: *“1. Las entidades contratantes que fijen criterios de selección en un procedimiento abierto deberán hacerlo según normas y criterios objetivos que estarán a disposición de los operadores económicos interesados”* y considera que conforman un ámbito más amplio que el tradicional concepto de solvencia regulado en el TRLCSP, flexibilizando de esta forma para los denominados sectores especiales la normativa de la Ley general de contratos del sector público en nuestro ordenamiento jurídico. *“Así resulta de la norma recogida en el apartado 3 del mencionado artículo 40 que establece ‘Cuando los criterios contemplados en los apartados 1 y 2 incluyan requisitos relativos a la capacidad económica, financiera, técnica y profesional del operador económico (...)’. Es decir, de conformidad con dicha norma, una entidad contratante sujeta a la LCSE está facultada para establecer criterios de selección cualitativa distintos de aquellos relativos a capacidad económica, financiera, técnica y profesional. Todo ello, lógicamente, con pleno respeto a los principios de la contratación establecidos en el artículo 19 LCSE: principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato y el principio de*

transparencia”.

Además, en relación con los certificados señalados expone que *“no toda la normativa invocada de contrario resulta aplicable al presente contrato sujeto a la LCSE y a los artículos de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17 /UE (en adelante ‘Directiva de sectores especiales’) que tengan efecto directo de acuerdo a la jurisprudencia del TJUE. En consecuencia, de las distintas normas invocadas por la reclamante, sólo resultan aplicables los artículos 36 y 37 de la LCSE”.*

Además, añade la extraordinaria importancia que para Canal de Isabel II, S.A. tiene la preservación y salvaguarda del medio ambiente, que constituye uno de los pilares básicos de su actuación en la gestión del ciclo integral del agua. Por dicha razón, Canal de Isabel II requiere el certificado de Gestión Medioambiental ISO 14001, Norma Europea que adopta la Norma Internacional ISO 14001:2015.

En cuanto a la certificación OSHAS 18001, referida a la prevención de riesgos laborales, se argumenta por el órgano de contratación que el objetivo es disminuir la siniestralidad laboral y aumentar la productividad, identificando, evaluando y controlando los riesgos asociados a cada puesto de trabajo, y evitando las causas que originan los accidentes y las enfermedades en el trabajo, dar adecuado cumplimiento a la legislación en materia de prevención, integrando ésta última en los procesos de la organización y fomentar una cultura preventiva mediante la integración de la prevención en el sistema general de la empresa (exigido por ley) y el compromiso de todos los trabajadores con la mejora continua en el desempeño de la SST. Igualmente se alega que una pequeña o mediana empresa podría participar no sólo disponiendo del Certificado OHSAS 18001, sino concurriendo en UTE con una empresa que disponga del mismo y participe en dicha UTE en al menos un 50%.

Efectivamente, confirma este Tribunal que el artículo 40 de la LCSE bajo la rúbrica “*Criterios de selección cualitativa*”, permite que las entidades contratantes puedan fijar criterios de selección en un procedimiento abierto según normas y criterios objetivos que estarán a disposición de los operadores económicos interesados.

De ello se desprende que en los contratos del ámbito de la LCSE las entidades adjudicatarias pueden establecer unos requisitos mínimos o criterios de selección cualitativa que a su vez pueden estar referidos a la capacidad económica, financiera o técnica de la empresa. Pero a diferencia de lo que sucede en el caso de la TRLCSP no se plantea un elenco cerrado de medios con los que efectuar esta selección cualitativa, con lo que en principio es suficiente que sean objetivos, sin que puedan ocasionar discriminación entre los operadores del mercado.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que el Considerando 92 de la Directiva 2014/25/UE establece:

“En la medida en que sea compatible con la necesidad de garantizar el objetivo de unas buenas prácticas comerciales, permitiendo al mismo tiempo la máxima flexibilidad, conviene prever la aplicación de la Directiva 2014/24/UE en lo que respecta a los requisitos relativos a la capacidad económica y financiera y las pruebas documentales. Se prevé, por tanto, que las entidades adjudicadoras puedan aplicar los criterios de selección contemplados en dicha Directiva y que, cuando lo hagan, estén obligadas a aplicar algunas disposiciones relativas, en particular, al límite máximo de los requisitos sobre volumen de negocios mínimo, así como sobre la utilización del documento europeo único de contratación”.

Por lo tanto a la hora de determinar si los criterios escogidos por el órgano de contratación son adecuados, objetivos y no suponen una restricción injustificada del principio de libre competencia, debemos referirnos a los criterios del TRLCSP y su aplicación en el marco de dicha Ley.

El certificado de Gestión Medioambiental ISO 14001 exigido, tiene una

evidente relación con los servicios objeto del contrato y con las empresas licitadoras al mismo, puesto que la gestión medioambiental es un ámbito estrechamente ligado a las actividades de limpieza por lo que su exigencia no parece desproporcionada. Sin embargo, hay que recordar, como indica la recurrente, que los artículos 36 y 37 de la LCSE, se refieren expresamente a las medidas de gestión medioambiental estableciendo, el artículo 36, que: *“2. Cuando las entidades contratantes exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, deberán hacer referencia al Sistema comunitario de gestión y auditorías medioambientales, regulado en el Reglamento (CE) n.º 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001 (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas internacionales o europeas en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas internacionales o europeas en la materia relativas a la certificación”.*

Y el 37: *“Reconocimiento mutuo en cuanto a condiciones técnicas o financieras y en cuanto a certificados, pruebas y justificantes.*

1. Las entidades contratantes reconocerán certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros de la Unión Europea.

2. También aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de calidad y de gestión medioambiental que presenten los operadores económicos”.

Por tanto, en este supuesto, admitiéndose la posibilidad de exigir el certificado de Gestión Medioambiental ISO 14001, deben admitirse también otros equivalentes e incluso, las medidas equivalentes de gestión de calidad y de gestión medioambiental que presenten los licitadores.

En cuanto al certificado OSHAS, se refiere a sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

Debe destacarse que tal y como establece el Pliego, a las empresas

licitadoras se les exige contar como mínimo con una plantilla media anual de la empresa, de los tres últimos años dedicada a limpieza, igual o superior a 300 empleados. Esto significa que en este contrato el personal resulta de gran importancia en la prestación del servicio y también debe tenerse en cuenta para la apreciación de la solvencia de los licitadores, lo que lleva a concluir que la exigencia del certificado de seguridad y salud se entiende justificada, como garantía de calidad tanto por el tipo de empresa que concurre y como por el tipo de servicio a prestar en el que existe riesgo alto de accidentes laborales.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80.2 el TRLCSP, al tratarse de un certificado de calidad, deben admitirse otros certificados equivalentes y es necesario que figure expresamente el PCAP la admisión de otros equivalentes. Así lo reconoció este Tribunal en su Resolución 54/2014 de 26 de marzo.

Procede por tanto estimar el recurso por este motivo, debiendo incluirse en el PCAP la referencia expresa a la admisión de certificados equivalentes y de medidas de gestión de calidad y de gestión medioambiental equivalentes.

2. El segundo bloque de certificados exigidos y que la recurrente impugna se refieren a la responsabilidad social corporativa: SA 8000, SGE 21 o SR-10:2001.

Se alega en el recurso: *“entendemos que la obligación de exigir los certificados que acredite a la empresa en responsabilidad social corporativa, es totalmente excluyente para poder participar en la licitación es un hecho discriminatorio contra la pequeña y mediana empresa ya que sólo la poseen las grandes empresas y en ningún momento viene acreditar la mayor eficacia de la empresa y que vaya a prestar un servicio de mayor calidad, como pueden acreditar las otras dos certificaciones exigidas. En concreto según publica la página web de la Social Accountability Internacional sólo hay 29 empresas españolas con el certificado SA8000 al día y de estas sólo 7 tiene como una de sus posibles actividades la prestación de servicios de limpieza. Este hecho, va en contra de los principios de libertad de acceso y libre concurrencia en las licitaciones, además*

estos pudiéndose restringir artificialmente la competencia con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos debiendo los poderes adjudicadores actuar de manera transparente y proporcionada (PRINCIPIOS RECOGIDOS EN LAS DIRECTIVAS EUROPEAS). Es evidente por lo dicho que una licitación pública como la que es objeto del presente recurso es restrictiva de la competencia puesto que conduce inexorablemente a la adjudicación a tan solo 7 operadores en toda España, imposibilitado además por la exigencia de la certificación que accedan un mayor número de empresas beneficiando a un escaso número de licitadores que ostentarán una posición dominante en el mercado con los riesgos de colusión que ello comporta. Además podemos decir que se vulnera el principio de igualdad de trato como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE de la que resulta que el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que mediante la aplicación de criterios de distinción conduzca de hecho al mismo resultado”.

El órgano de contratación expone para justificar la exigencia que “no puede compartirse que la solicitud del certificado SA 8000 de Responsabilidad Social corporativa sea discriminatoria con la pequeña y mediana empresa, ya que puede disponerse de cualquiera de los tres certificados mencionados para concurrir al presente procedimiento de licitación. La capacidad que reflejan los certificados de Responsabilidad Social Corporativa sí es, a diferencia de lo que mantiene AFELIN, muy relevante, sobre todo cuando se trata de contratos que afectan tanto a un gran número de trabajadores como a un gran número de instalaciones que además se encuentran dispersas en una gran extensión territorial (...). En efecto, una certificación de Responsabilidad Social Corporativa garantiza que las políticas de Responsabilidad Social se encuentran adecuadamente implantadas en las empresas que manejan plantillas con un gran número de personas. Ello es así porque un certificador externo a la propia empresa controla los habituales parámetros de Responsabilidad Social, esto es, de legalidad y respeto a los derechos de los trabajadores (la gran mayoría mujeres) que realizan un trabajo físico de gran exigencia”.

Debe aclararse que los certificados relativos a responsabilidad social corporativa se refieren a sistemas de gestión responsable y sostenible de la organización empresarial y si bien se inspiran en normas y tratados internacionales no constituyen certificados de cumplimiento normativo sino que pretenden establecer estándares internacionales sobre buen gobierno, gestión responsable y sostenible, etc. Los organismos que los otorgan son empresas privadas y su solicitud es totalmente voluntaria y no exime del cumplimiento de la normativa de aplicación en cada caso tal y como se expone en la documentación informativa publicada.

Desde este punto de vista debe analizarse si su exigencia en este tipo de contratos de servicios de limpieza, está motivada y resulta acorde con el principio de concurrencia y de igualdad entre las empresas.

Como indica la recurrente, a día de hoy, los certificados exigidos son de escasa implantación en nuestro entorno y están dirigidos a empresas de determinado tamaño, puesto que aunque en principio cualquier empresa puede implantar el sistema de gestión propuesto por las empresas certificadoras y que permite obtener el certificado, es obvio, a la vista de la metodología que utilizan (implantación de sistemas de gestión con una serie de auditorías de control y verificaciones periódicas) y sus objetivos, buenas prácticas en gobierno corporativo, incremento de la confianza, mejora de la reputación, etc., que está pensado para empresas medias y grandes. Incluso en algún caso se contempla que *“pueden existir sectores donde el cumplir con todos los requerimientos de la Norma represente una dificultad excesiva”*, estableciéndose una lista de excepciones. (Sistema SA 8000).

En base a lo anterior, considerando las características de los sistemas de gestión a que responden los certificados y a la vista del contenido de la propia certificación, su escasa implantación en estos momentos y la ausencia de evidencia sobre la acreditación que ostenten las entidades que los otorgan, la exigencia de dichos certificados no aparece justificada en este caso en relación con los efectos que ha de producir, por lo que supone una limitación indebida al principio de libre

conurrencia.

En consecuencia, el recurso debe estimarse también por este motivo, debiendo suprimirse del PCAP la exigencia de certificados de responsabilidad social corporativa.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en 101 de la LCSE y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar la reclamación interpuesta por don J.M.N. y don J.M.S., en nombre y representación de las Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales (AFELIN), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la licitación del contrato de “Servicios de limpiezas y otros servicios higiénicos en edificios y dependencia de Canal de Isabel II, S.A.”, número de expediente 154/2017, debiendo anularse el Pliego y la licitación convocada, que deberá reiniciarse si persisten las necesidades elaborando un nuevo Pliego de acuerdo con lo expuesto en la presente Resolución.

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 106.5 de la LCSE.

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 108.1 LCSE.