

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

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.S., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Limpieza (ASPEL), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicio de limpieza de los edificios, espacios e instalaciones gestionados por la Gerencia de la Ciudad”, número de expediente: 300/2017/01774, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 15 de diciembre se publicó en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, y el 23 de diciembre de 2017 en el BOE, el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado. El valor estimado asciende a 1.551.931,82 euros.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en su Anexo I, incluye entre los criterios de adjudicación:

“4.- MEJORA DE LA CUANTÍA SALARIAL (Hasta 8 puntos).

Se valorará la oferta de las empresas licitadoras para mejorar el porcentaje de la cuantía salarial de los trabajadores que intervengan de manera directa en la ejecución del contrato respecto del salario estipulado por el convenio colectivo durante toda la duración del contrato. El porcentaje de aumento, nuevo o ya existente si ya se disfrutaba, se constatará por los servicios técnicos respecto del salario del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales, suscrito por AELMA, ASPEL, CCOO y UGT (código número 28002585011981), publicado por Resolución de 28 de enero de 2014, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura (BOCM número 58 de 10 de marzo de 2014), según la siguiente tabla porcentual:

- Más del 1% hasta el 3% 2,0 puntos.*
- Más del 3% hasta el 5% 4,5 puntos.*
- Más del 5% 8,0 puntos.*

Para la valoración del presente criterio (...).”

Tercero.- El 9 de enero de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASPEL contra el contenido del PCAP, en concreto en lo relativo al criterio de adjudicación recogido en el antecedente anterior.

El 11 de enero el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) oponiéndose a la estimación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 17 de enero de 2018, el Tribunal acordó denegar la suspensión del expediente de contratación.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP,

concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Una vez finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una asociación representativa de los intereses colectivos de los asociados, empresas del sector de actividades de limpieza objeto de la contratación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo pues la publicación de la convocatoria tuvo lugar el 15 de diciembre en el DOUE y en el Perfil de contratante, poniendo a disposición de los interesados los Pliegos y el recurso se interpuso el día 9 de enero de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

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

de la cuantía salarial de los trabajadores que intervengan de manera directa en la ejecución del contrato. Al efecto se alegan como motivos de recurso:

- 1.- Crean obligaciones y derechos en materia laboral que un órgano de contratación no puede ni debe regularlos.
- 2.- Pueden considerarse discriminatorios y de obstáculo a la contratación. Restringe la libertad de acceso a la licitación y desigualdad de trato entre los licitadores.
- 3.- Se excede del ámbito propio de los Pliegos, por lo que además se ha de considerar si pudieran considerarse nulas.

Opone la Asociación recurrente que la cláusula impugnada se refiere a cuestiones de índole social, y que lejos de ser un mero recordatorio de los derechos y obligaciones contemplados en la normativa laboral como se dicta en la nueva directiva de contratación pública, innova el ordenamiento jurídico, se contradice en algunos aspectos e invade de manera flagrante el ámbito laboral reservado a la negociación colectiva y restringen el derecho laboral de opción del empresario o de los trabajadores y sus representantes.

Considera la recurrente que las mejoras respecto a la retribución del personal adscrito al servicio, no entrarían dentro de los criterios con vinculación directa con el objeto del contrato y con la satisfacción de las necesidades propias de la población desfavorecida a la cual pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Ni existe vinculación alguna que redunde en una mayor calidad de la prestación. Colisionan, invaden, interfieren en la negociación colectiva que es una manifestación particular del diálogo social, y está considerado como un derecho fundamental básico integrante de la libertad sindical. Mundialmente se encuentra garantizado en el Convenio 98 y 154 de la OIT. Contemplado además en nuestra Constitución en el artículo 37.1 y en el Estatuto de los Trabajadores en todo el Título III.

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 condición de ejecución cabe mencionar la reciente Resolución 19/2018, de 10 de enero, la 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 354/2017, de 22 de noviembre y la Resolución 309/2017, de 25 de octubre.

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 admitía, casi de forma unánime, exigir el cumplimiento de condiciones 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.

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

critérios 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, aspecto cualitativos, aspectos medioambientales y /o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Esta regulación, recoge los criterios jurisprudenciales sentados entre otras en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland, al concretar el alcance de los criterios de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que después de señalar en el considerando 55 que “no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora”, continúa indicando

en sus considerandos 59 y 64 que “Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato”. (...) “De estas consideraciones resulta que, cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, con arreglo al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato”, relación que deberá ser examinada al caso concreto.

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

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.

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.

(...).

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". (El 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.

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. En realidad 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 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 limpieza. La introducción de criterios de adjudicación o condiciones de ejecución sociales puede ser una forma de prevenir la conflictividad laboral.

Sexto.- En cuanto a que la cláusula excede el ámbito propio de los Pliegos cabe señalar lo ya dicho en la Resolución 354/2017, de 22 de noviembre.

En el presente supuesto la finalidad de la cláusula no es la regulación de la negociación colectiva, sino que las empresas en la ejecución de este concreto contrato apliquen condiciones salariales superiores a las que tienen 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 que incumbe a los PCAP 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 y el derecho de negociación colectiva.

El PCAP impugnado contiene una mejora voluntaria en las condiciones salariales, que se puede ofertar o no, que no impone un determinado convenio colectivo, 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 en cuanto mejora la cuantía retributiva.

Séptimo.- Finalmente considera la recurrente que la cláusula impugnada ha sido anulada en determinados pronunciamientos doctrinales y judiciales. Señala que sobre la cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones y la jurisdicción contenciosa administrativa en 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 Derecho 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 artículo 41.4 del TRLCSP 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 J.D.S., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Limpieza (ASPEL), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Servicio de limpieza de los edificios, espacios e instalaciones gestionados por la Gerencia de la Ciudad”, número de expediente: 300/2017/01774, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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.