

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

En Madrid, a 18 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (AEESDAP) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato “Servicio de socorrismo para las piscinas del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada”, Expte. 2019/001168, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14 de mayo de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE anuncio licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 1.088.727,84 euros y su duración es de dos años.

Segundo.- A efectos de la resolución del presente recurso, procede destacar que dentro de los criterios de adjudicación el Apartado P.4 del PCAP establece:

“Mayor porcentaje de contratos indefinidos (Hasta 20 puntos).

El licitador que tenga mayor porcentaje de contratos indefinidos en la plantilla obtendrá la máxima puntuación, el resto de ofertas de forma proporcional.

Se justificará mediante una Declaración responsable de la empresa con visado de conformidad de la representación de los trabajadores y trabajadoras, así como la presentación de un informe de trabajadores en Alta en un código de cuenta de cotización (ITA), que se facilitará por la Tesorería General de la Seguridad Social”.

Tercero.- El 5 de junio de 2020 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de AEESDAP en el que solicita declarar nulo el criterio de valoración mencionado, en cuanto que no guarda la necesaria vinculación con el objeto del contrato,

El 12 de junio de 2020 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley LCSP, solicitando el mantenimiento de los pliegos recurridos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Por lo que respecta a la legitimación de la recurrente, el órgano de contratación en su informe pone en cuestión que exista dicha legitimación. Considera que el ámbito de las empresas que agrupa es de empresas deportivas, que prestan servicios con ese carácter, es decir servicios deportivos, y el contrato recurrido hace referencia a tareas de socorrismo en las piscinas municipales del PMD, actividades que está lejos del ámbito físico deportivo que consideran es el

ámbito representativo de la Asociación recurrente.

A este respecto, hay destacar que el PCAP establece la obligación de subrogación de los trabajadores que actualmente prestan servicios. En la información del personal a subrogar, señala que el Convenio colectivo aplicable es el IV Convenio Colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios. Pues bien, dicho Convenio publicado en el BOE el 11 de junio de 2018, establece: *”Artículo 1. Ámbito funcional.*

El presente Convenio es de aplicación y regula las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que tengan por objeto o actividad económica la oferta y/o prestación de servicios relacionados con el ejercicio físico. Se incluyen entre estos servicios, la práctica física deportiva, de manera amateur, voluntaria o profesional; la práctica física recreativa o de ocio deportivo, ya sean fines lúdicos, ya sean con fines didácticos o con ambos a la vez, así como la vigilancia acuática.

Estas actividades o servicios podrán prestarse:

- 1. En gimnasios o en instalaciones, establecimientos, locales, clubes de natación, deportivos, tenis, golf, etc. de titularidad pública o privada, equipados o habilitados para desarrollar la actividad empresarial antes indicada.*
- 2. Mediante subcontrata o relación jurídica con otras empresas o entidades privadas en las que el objeto sea la gestión de gimnasios o instalaciones deportivas y/o la realización de las actividades indicadas en el primer párrafo de este artículo”.*

Parece apreciarse la vinculación de las actividades deportivas y el objeto del contrato, enmarcado dentro del ámbito de la vigilancia acuática.

No obstante, cualquier duda al respecto, debería solucionarse aplicando el principio *“pro actione”*, que mantiene el TACRC en su Resolución 134/2019, de 18 de febrero *“Asimismo ha subrayado como argumento fundamental a favor de la admisión del recurso, el principio “pro actione”, que en el ámbito subjetivo en el que nos encontramos se traduce en un criterio de “in favor legitimationis”, de manera que, en principio, debe de partirse de la base de que, como norma general, ante la*

duda, debe ser reconocida legitimación en el recurrente, tendente a admitir el recurso de que se trate”.

Por todo lo anterior, se considera que AEESDAP se encuentra legitimada para interponer el presente recurso, de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP, puesto que se trata de una persona jurídica representante de intereses colectivos *"cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso"* (artículo 48 LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, puesto que los Pliegos se publicaron el 14 de mayo de 2020 e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 5 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, el recurrente lo fundamenta en que el órgano de contratación ha establecido como criterio de valoración, con una puntuación de 20 puntos, el mayor porcentaje de contratos indefinidos en la plantilla de la empresa licitadora. A su juicio, la valoración del porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en las empresas licitadoras como criterio no guarda vinculación con el objeto del contrato ni incide para nada en un mayor rendimiento de la prestación objeto del contrato, ni permite una evaluación comparativa del nivel rendimiento de cada oferta sobre el indicado aspecto.

Así mismo, considera que el planteamiento de dicho criterio, infringe además los principios de igualdad y no discriminación. Sostiene que al tener en cuenta la

plantilla de la empresa y medir aspectos que no influyen en una mejora de la prestación del servicio, se está juzgando a las empresas por su actividad general en base a aspectos que no suponen una diferencia en cuanto a la calidad del servicio prestado.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que el objetivo del criterio de valoración es beneficiar a las empresas que favorezcan la estabilidad en el empleo en un sector laboral altamente precarizado, cuyo régimen laboral casi general, por parte de las empresas del sector es de contratación temporal, con una gran rotación en el empleo, lo que de manera obvia repercute en la calidad de la prestación, será mayor el nivel de eficacia y eficiencia en el trabajo la de los trabajadores con empleo fijo y estable, que aquel que está rotando continuamente, y prestando servicios de manera temporal y sin estabilidad.

Señala, así mismo, que la estabilidad laboral favorece las políticas de formación dentro de la empresa, mejora psicológicamente a los trabajadores y ayuda a la formación de equipos y genera responsabilidad.

En definitiva, el recurso cuestiona la inclusión del criterio de valoración consistente en el mayor porcentaje de contratos indefinidos en la plantilla de la empresa licitadora, concediendo un máximo de 20 puntos.

El tema de las cláusulas sociales como criterio de adjudicación, ha sido objeto de numerosos recursos que han dado lugar a diversas resoluciones que han consolidado la doctrina de este Tribunal al respecto.

En la Resolución 33/2018, de 24 de enero, de este Tribunal se señala *“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 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.

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”.

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 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.

Todos estos criterios han sido claramente incorporados a la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En este sentido, el 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.

Por su parte, el 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”.

Como señalábamos en la citada Resolución 33/2018, de este Tribunal *“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) En el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

Vistas las disposiciones legales aplicables y la doctrina que este Tribunal viene aplicando, procede determinar si el criterio de valoración objeto de controversia encaja dentro de las exigencias mencionadas.

En el informe aclaratorio del órgano de contratación sobre los criterios de adjudicación de fecha 25 de febrero de 2020, en lo referente a la justificación del criterio controvertido, se afirma: *“Mayor porcentaje de contratos indefinidos (Hasta 20 puntos).*

El licitador que tenga mayor porcentaje de contratos indefinidos en la plantilla obtendrá la máxima puntuación, el resto de ofertas de forma proporcional.

(...)

La estabilidad en el trabajo es primordial para el correcto desarrollo del mismo, que dará lugar en una mayor implicación en la mejora del servicio”.

En el citado informe, no queda acreditada la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, conforme a lo previsto en el apartado 6 del artículo 145 de la LCSP.

Resulta evidente que el porcentaje de contratos indefinidos del licitador no

deja de ser una proyección de la estructura de las relaciones laborales de la empresa licitadora, sin que de ello derive en una mejor prestación del servicio, ya que ni siquiera afecta directamente a la forma o calidad del servicio objeto de la prestación. En ningún caso, se está refiriendo al factor humano que intervendrá en el contrato, no afectando por tanto a su ejecución. Esta circunstancia es más evidente en el supuesto que nos ocupa, ya que está prevista la subrogación de los trabajadores que prestan los servicios con el actual adjudicatario, que lo harán en las condiciones laborales en las que se encuentren en el momento de la subrogación, sin que se vean afectados en absoluto por el criterio de adjudicación, por lo que una pretendida mayor implicación en el desempeño del servicio en base a la aplicación del criterio de adjudicación, carece de fundamento. Por consiguiente, el criterio de adjudicación ni afecta al nivel de rendimiento de la prestación objeto del contrato ni afecta de manera significativa a la ejecución del mismo, por lo que el motivo debe ser estimado.

Respecto a la retroacción de actuaciones solicitada por el recurrente, hay que señalar, que conforme manifestábamos en nuestra Resolución 522/2019, de 19 de diciembre, en base a la jurisprudencia del TJUE (*Sentencia de 4 de diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria)*), en el caso de anulación de un criterio de adjudicación, el órgano no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. Por otro lado, el artículo 122.1 de la LCSP establece que en caso de modificación de los Pliegos procede la retroacción de actuaciones.

Por todo lo anterior, la anulación de la cláusula lleva aparejada la nulidad de los Pliegos, procediendo la retroacción de las actuaciones al momento previo su aprobación

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23

de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (AEESDAP) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato “Servicio de socorrismo para las piscinas del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada”, (Expte. 2019/001168), con retroacción de las actuaciones en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada con fecha 11 de junio de 2020.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.