

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

En Madrid, a 7 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.G.V., en nombre y representación de Cocinas Centrales, S.A., contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Usera del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 28 de abril de 2017, por el que se adjudica el lote 1 del contrato “Servicio de comedor y cafetería, con productos de comercio justo, en los Centros Municipales de Mayores (dos lotes)”, número de expediente: 300/2016/01517, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Concejala Presidenta del Distrito de Usera del Ayuntamiento de Madrid convocó el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios mencionado, siendo su tramitación ordinaria y el procedimiento de adjudicación abierto y con pluralidad de criterios todos ellos valorables en cifras o porcentajes, dividido en dos lotes, con una duración de doce meses y sin posibilidad de prórroga. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM y en el perfil de contratante del Ayuntamiento el 16 de marzo de 2017. El valor estimado asciende a 503.756,67 euros.

En el apartado 20 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) se establecen los criterios de adjudicación atribuyendo en ambos lotes 15 puntos a la oferta económica, 50 a las mejoras y 35 a los criterios sociales, de estos últimos hasta 10 puntos corresponden a acciones formativas en materia de igualdad y el resto hasta 25 se distribuyen con la siguiente ponderación:

“- 3.2. Por el compromiso de presentar, mediante declaración responsable del representante legal de la empresa, un Plan de promoción laboral que mejore la categoría profesional del personal objeto de subrogación que se relaciona en el Anexo II del PPT se obtendrá hasta un máximo de 25 puntos, con el siguiente desglose:

- Si la promoción tiene efecto dentro de los seis primeros meses del contrato.....10 puntos*
- Si la promoción tiene efecto dentro de los tres primeros meses del contrato.....15 puntos*
- Si la promoción tiene efecto desde el inicio del contrato.....25 puntos”.*

El PPT en su Anexo II relaciona el personal a subrogar, indicando centro de trabajo, puesto de trabajo, categoría laboral, % de jornada, fecha del contrato y antigüedad, de los que 14 pertenecen al lote 1.

Segundo.- Al procedimiento han concurrido cuatro empresas, siendo finalmente admitidas tres, una de ellas la recurrente que presentó oferta a ambos lotes.

La ahora recurrente previamente había presentado un escrito el 10 de abril de 2017 solicitando la revisión de la documentación presentada en relación al lote 1, y en particular en lo relativo a la valoración obtenida por la adjudicataria en el criterio de adjudicación del apartado 3.2, correspondiente al Plan de promoción laboral, toda vez que la adjudicataria no había presentado el citado Plan limitándose a confirmar que la promoción tendría efecto desde el inicio del contrato, por lo que no debería puntuar en este apartado. En dicho escrito indicaba además que COCINAS CENTRALES detallaba que su Plan consistiría en *“promocionar al personal indicado*

en el Anexo II del PPT, correspondiente a este Lote, de AUXILIAR DE SERVICIOS DE LIMPIEZA a CAMARERO/A, con un incremento salarial anual bruto de 930.31 euros a 960.91 euros, a jornada completa, en porcentaje de 3,3%, siendo este incremento proporcional para jornadas parciales.” Y que no es lo mismo promocionar a todos los trabajadores, a la mitad o solo a uno.

Mediante escrito de 19 de abril de 2017 del jefe del Departamento Jurídico del Distrito se dio contestación informando que *“lo que se requiere es un ‘compromiso de un Plan de promoción laboral para mejorar la categoría profesional del personal objeto de subrogación que se relaciona en el Anexo II del PPT’, siendo este enunciado condición sine qua non para poder ser puntuable, donde no hay por tanto que especificar si el Plan de promoción laboral afecta a una parte o a todos los trabajadores, puesto que es un requisito obligatorio, y que está referido a todo el personal, lo único valorable es que la aceptación de llevar a cabo este Plan de mejora de la categoría profesional de todo el personal objeto de subrogación tenga efecto desde inicio, dentro de los tres primeros meses, o dentro de los seis meses del contrato, no otra cosa.”* Y añade que *“la categoría que tiene el personal de partida ‘Auxiliares de Limpieza’, su promoción ha de ser la que corresponde y es más acorde con el servicio a prestar ‘Camarero/a’, lo que es deducible además porque así estaba previsto y contabilizado en el estudio de costes realizado para la Memoria económica, y que las empresas han debido tener en cuenta para ofertar respecto a este criterio. Al inicio del contrato su no cumplimiento está considerado (ver PCAP pág. 61 Incumplimientos muy graves) como un incumplimiento muy grave al que podrá Imponerse, en su caso, la resolución del contrato.)”*

Mediante Decreto de la Concejala del Distrito de Usera de fecha 28 de abril de 2017 se adjudicó el lote 1 del contrato (CMM Zofio, CMM Evangelios, CMM José Manuel Bringas, CMM Arturo Pajuelo, CMM Orcasur, CMM San Filiberto) a la empresa Hostelería y Colectividades, S.A.U., y el lote 2 (CMM Loyola de Palacio) a la empresa COCINAS CENTRALES, S.A.

Tercero.- El 19 de mayo de 2017, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Cocinas Centrales contra la adjudicación del contrato, al considerar que no se ha realizado una valoración correcta de la oferta de la adjudicataria y de la suya porque esta licitación incumple, al regular los criterios de valoración, lo establecido en el artículo 150 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), pues no debió definirse como un criterio de valoración de aplicación automática, y *“propone al órgano de contratación que proceda bien al desistimiento del procedimiento, o bien a la revocación de los pliegos con el fin de proceder a su modificación en los puntos que conculquen el ordenamiento jurídico y los principios que han de regir la contratación pública.”*

Cuarto.- El 23 de mayo de 2017, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP, en el que se ratifica en el informe del departamento jurídico cuyo criterio es que tratándose de un criterio de valoración automática no debe mediar evaluación por parte de la mesa. Añade que este criterio es el mismo establecido para el lote 2, en el cual Cocinas Centrales S.A., ha resultado adjudicataria, sin haber realizado ningún tipo de alegación ni impugnación a este respecto, no habiendo sido recurrido tampoco este criterio durante el periodo de publicación de los Pliegos de referencia en lo que al lote 1 se refiere.

Quinto.- Con fecha 31 de mayo de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, del lote 1 producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose presentado escrito por parte de Hostelería y Colectividades, S.A.U.,

manifestando su conformidad con el informe del Jefe de Departamento Jurídico del Distrito de Usera por lo que no realizan alegaciones.

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 presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Cocinas Centrales para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, por ser la clasificada en segundo lugar.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato calificado según el PCPA como de servicios de hostelería y restaurante del Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo valor estimado es inferior a 750.000 euros y por tanto en principio no sujeto a regulación armonizada. Esto no obstante, no cabe aplicar en este punto directamente la Directiva, en virtud de la interdicción del efecto directo vertical descendente, tal y como hemos señalado en diversas ocasiones, por lo que, al no desplazarse el régimen jurídico de este tipo de contratos, la adjudicación del contrato es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c).

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el Acuerdo impugnado fue notificado a la recurrente el 3 de mayo de 2017, interponiéndose el recurso el 19 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, sostiene la recurrente que criterio de valoración del apartado 3.2 del punto 20 del Anexo I del PCAP en el que se prevén criterio valorable en cifras o porcentajes, debió definirse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP como criterios cuya cuantificación dependiera de un juicio de valor, al exigir la presentación de un plan de promoción laboral cuyo contenido debería evaluarse previamente para otorgar la puntuación correspondiente atendiendo a su contenido y en concreto a si se refiere a la totalidad, parte o solo de uno de los trabajadores de la plantilla.

Informa el órgano de contratación que las dos mercantiles de referencia presentaron sendos compromisos de promoción profesional desde el inicio del contrato por lo que obtuvieron la máxima puntuación de 25 puntos ya que de acuerdo con el enunciado del apartado 3.2 se trata de una condición *sine qua non* mejorar la categoría profesional del personal objeto de subrogación que se relaciona en el Anexo II del PPT, por lo que para poder ser puntuable lo único valorable es que la aceptación de llevarlo a cabo y cuándo. Asimismo da cuenta de las normas e instrucciones internas del Ayuntamiento que permiten la inclusión de este tipo de criterios sociales en los pliegos de contratación.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las

cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Es cierto que en ocasiones este Tribunal ha procedido a la anulación de los pliegos no impugnados cuando de la aplicación de los mismos se deriva la vulneración de los principios que rigen la contratación pública, que no pudo ser advertida de la lectura diligente de los mismos, sino hasta su efectiva aplicación. En caso contrario, se impone inexorablemente el recurso contra el PCAP para declarar su nulidad, en virtud de la vinculación que producen los pliegos para los licitadores. Esta solución es la aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 “eVigilo Idt”, cuando señala *“En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”*.

No se dan en el presente caso las circunstancias precisas para aplicar esta doctrina, puesto que la causa que la recurrente considera que justifica la nulidad de la licitación, la determinación de los criterios de adjudicación y las reglas para la valoración de los mismos, corresponde realizarla al órgano de contratación debiendo estar directamente vinculados al objeto del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP. A ello debe añadirse que no solo no se impugnaron los pliegos en el momento oportuno, sino que se aceptaron ex artículo 45 del TRLCSP con la presentación incondicionada de la oferta.

De la lectura del artículo 150.2 TRLCSP se deduce que hay dos tipos de criterios de adjudicación:

1. Criterios de valoración automáticos o matemáticos que hacen referencia a características del objeto del contrato que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

2. Criterios no evaluables de forma automática, es decir, dependientes de juicios de valor.

Y el artículo 150.2 TRLCSP señala que se dará preponderancia a aquellos criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse, mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Uno de los objetivos de la Directiva 2014/24/UE es permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes que deberán velar no solo por el cumplimiento de las obligaciones de carácter social y laboral sino también procurar aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores, de acuerdo con ello en su considerando 92 señala *“Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”*.

Permitiendo con carácter general la inclusión de este tipo de criterios en su artículo 67.2 que establece que *“2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo: b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato.”*

Admitida con carácter general la inclusión de esta tipo de criterios, que no obstante deberá ser apreciado al caso concreto, cuestión no hecha valer por la recurrente pero que constituye el necesario punto de partida del análisis, comprueba el Tribunal que en la memoria de necesidad y oportunidad del expediente se justifica adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, tal y como establece los artículos 22 y 109.4 del TRLCSP.

De acuerdo con la literalidad de la redacción dada a dicho criterio se valora el compromiso de presentar, mediante declaración responsable del representante legal de la empresa, un Plan de promoción laboral que mejore la categoría profesional del personal objeto de subrogación que se relaciona en el Anexo II del PPT, de donde se deduce que:

- El objeto de la valoración es presentar el compromiso mediante declaración responsable de mejorar la categoría profesional.
- Que el personal objeto de subrogación se relaciona en Anexo II del PPT, por lo que el compromiso para ser tenido en cuenta solo se puede referir a los 14 trabajadores que figuran en dicho anexo.

- La ponderación de la puntuación no está por tanto definida en función del número de trabajadores afectados, que será inexcusablemente todos, sino que está en función del momento en que se realice la mejora.

- Para acreditarlo se presentara el plan de promoción laboral, en este caso, estando referido al inicio del contrato deberá presentarse antes del inicio de la ejecución del contrato.

Por último la adjudicataria presentó un compromiso de mejora de la categoría profesional ajustada a lo antedicho por lo que la automaticidad del criterio, conduce necesariamente a la asignación a su oferta de los 25 puntos establecidos.

Por lo cual procede desestimar el recurso por este motivo.

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 C.G.V., en nombre y representación de Cocinas Centrales, S.A., contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Usera del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 28 de abril de 2017, por el que se adjudica el lote 1 del contrato “Servicio de comedor y cafetería, con productos de comercio justo, en los Centros Municipales de Mayores (dos lotes)”, número de expediente: 300/2016/01517.

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.- Levantar la suspensión de la adjudicación acordada el 31 de mayo de 2017.

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 49 del TRLCSP.