

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

En Madrid, a 20 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por doña M.M.S, en nombre y representación de Senior Servicios Integrales, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicio de Conserjería, Atención al Público y Control de entradas en edificios y equipamientos adscritos al Distrito de Arganzuela, número de expediente: 300/2018/01684, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 30 de enero y 4 de febrero de 2019, se publicó respectivamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, el anuncio de licitación del contrato de servicios indicado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 2.005.153,46 euros.

Segundo.- Interesa conocer para la resolución del recurso que en el apartado 19.2 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establece lo siguiente: *“Criterios valorables en cifras o porcentajes.*

(...)

19.2.1.- *Oferta Económica.....hasta 35 puntos.*

(...)

19.2.2.- *Bolsa de horas anual gratuita..... hasta 20 puntos*

Con carácter adicional a las 500 horas anuales que obligatoriamente deben prestarse (previstas en la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas particulares), se otorgarán hasta un máximo de 20 puntos a aquellos licitadores que oferten mediante declaración responsable la realización de horas anuales gratuitas.

Los licitadores podrán ofertar el número de horas anuales adicionales a las establecidas en los pliegos.

Se aplicará la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación} = 20 \times H_i / H_m$$

Siendo:

H_i: horas ofertadas por la oferta que se valora.

H_m: mayor número de horas ofertadas.

19.2.3.- *Mejora de las condiciones laborales.....hasta 20 puntos.*

Se otorgarán hasta un máximo de 20 puntos a aquellos licitadores que acrediten mediante declaración responsable del representante legal, que los salarios de los trabajadores se situarán por encima del Convenio establecido en los pliegos.

Los licitadores podrán ofertar el porcentaje de incremento sobre el salario del convenio a aplicar a cada trabajador.

Se aplicará la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación} = 20 \times O_i / O_m$$

Siendo:

O_i: el porcentaje ofertado que se valora

O_m: el porcentaje máximo ofertado”.

Tercero.- Con fecha 8 de febrero de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Senior Servicios Integrales, S.A., contra el PCAP del contrato impugnando “la cláusula 19, apartados 2.2 y 2.3, del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que contienen criterios valorables mediante fórmulas, en primer lugar por atribuir 40 puntos de los 100 máximos a dos mejoras sobre las que no se fija un límite sobre el

que puedan llegar a ser admitidas, y en segundo lugar porque una de la mejoras (mejora salarial por encima del Convenio) carece de vinculación con el objeto del contrato, siendo ambas nulas y contrarias a los dispuesto por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, LCSP y al RD 1098/2001, de 12 de octubre, RGLCAP”.

Con fecha 14 de febrero de 2019, se recibió copia del expediente y el informe preceptivo del órgano de contratación al que se refiere el artículo 56.2 de 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 Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en el que se solicita la desestimación del recurso por las razones que se examinarán la resolver sobre el fondo.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el PCAP 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.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, la publicación de la convocatoria poniendo los Pliegos a disposición de los interesados en la Plataforma de Contratación del Sector Público tuvo lugar el 30 de enero de 2019, el recurso se interpuso el 8 de febrero, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto a los motivos de recurso, alega la recurrente en primer lugar que las mejoras contenidas en los apartados 19.2.2 y 19.2.3 del Anexo I del PCAP no están limitadas.

Expone que el artículo 145.7 de la LCSP, establece que *“En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato”* y que además el art. 62.2 j) del RD 1098/2001, de 12 de octubre, RGLCAP, exige que los pliegos de cláusulas administrativas particulares contengan *indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas”*., considera por tanto que *“las cláusulas que se recurren en este apartado contemplan mejoras, pero no establecen un límite sobre el que pueda llegar a ser admitida la mejora. Esta ausencia de límite en la admisión y valoración de las concretas propuestas que lleguen a realizarse vulnera abiertamente el contenido del art.145.7 LCSP, en cuanto que exige que las mejoras estén suficientemente especificadas, y para ello deberán concretarse sus requisitos, límites, modalidades y características, y en el presente caso, respecto de las cláusulas que se impugnan, no se concretan los límites de las propuestas de los futuros licitadores, en cuanto que no se determina un número máximo de horas anuales adicionales a las establecidas en los pliegos ni un porcentaje máximo de incremento sobre el salario del convenio a aplicar.*

Además, debe señalarse que la forma de atribuir la puntuación a cada uno de estos criterios es la mayor puntuación a la mejor oferta y proporcional al resto de

proposiciones, lo que determinaría, en la práctica, que muchos operadores económicos pretendan proponer mejoras de cuantía muy elevada y/o de imposible cumplimiento, para garantizarse la máxima puntuación en cada criterio, lo que supone un clara y abierta vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, establecidos por los arts. 1 y 132 LCSP. Ello supone que el 40% de la puntuación total a atribuir a las proposiciones, a que ascienden las cláusulas del pliego recurridas, infringe el art. 145.7 LCSP, en cuanto que no limita el número de mejoras a ofertar por cada licitador, y, por consiguiente, infringe también los arts. 1 y 132 LCSP, por ir en contra del principio de igualdad de trato y no discriminación entre Licitadores”

El órgano de contratación en su informe expone respecto de este motivo que *“los criterios contenidos en el apartado 19.2.2 y 19.2.3 a los que se refiere el recurso se encuentran perfectamente definidos en cuanto a su ponderación, 20 puntos en cada uno de los casos, límite máximo de puntuación que se puede asignar a las empresas licitadores. Así mismo, se definen claramente sus requisitos y características.*

En el caso del criterio ‘Bolsa de horas gratuitas’ se establece como requisito la aportación de una declaración responsable y no cabe duda alguna en cuanto a su naturaleza puesto que se trata de horas adicionales a las ya previstas en la cláusula 4 ‘Descripción de los trabajos a realizar’ del pliego de prescripciones técnicas particulares que rige la contratación.

En cuanto al criterio ‘Mejora de las condiciones laborales’ se establece, así mismo, como requisito, la presentación de una declaración responsable del representante legal de la empresa y no cabe duda en cuanto al contenido de la misma, dado que se indica que la mejora del salario se realizará sobre el convenio establecido en los pliegos”.

Finalmente añade que *“en el presente contrato, tal y como se indica en mencionado apartado 21 no se admitan variantes en cuanto a diferentes soluciones técnicas a implementar por el adjudicatario del contrato en el cumplimiento del objeto del mismo, si bien se establecen unas mejoras sobre los mínimos estipulados en el*

pliego de prescripciones técnicas particulares. Por tanto, en sus ofertas, los licitadores deben cumplir, como mínimo, con los requisitos del pliego de prescripciones técnicas, si bien, pueden ofertar las mejoras que se indican en el apartado 19 del anexo I del PCAP. Estas mejoras, como ya se ha indicado, están perfectamente definidas y no cabe error alguno en cuanto a su contenido y características. En ningún caso la definición de las mejoras implican que los licitadores no puedan acudir a la licitación en condiciones de igualdad, puesto que los pliegos identifican perfectamente las prestaciones con sus diversos elementos y queda claro que no se admiten variantes, en el sentido de diferentes respuestas técnicas a los requerimientos establecidos, sino mejoras, que se considera que están perfectamente definidas.

En cuanto al hecho de que el no establecimiento de un número máximo de horas a ofertar o de un máximo para las mejoras salariales previstas en los apartados 19.2.2 y 19.2.3, implique la posibilidad de ofertas desproporcionadas o irreales, es preciso indicar que la oferta del licitador que finalmente resulte adjudicatario deberá ser cumplida en su totalidad sean cuales sean los importes ofertados”.

En primer lugar resulta necesario precisar que tras el examen de los criterios impugnados se aprecia que solo la bolsa de horas gratuita supone una mejora en el sentido del artículo 145.7 de la LCSP. El apartado 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece que *“Entre las prestaciones del presente contrato se incluyen, con carácter obligatorio (y sin que suponga coste alguno para el Distrito) hasta un máximo 500 horas anuales para la realización de servicios de carácter ocasional. A priori no es posible determinar cuándo y dónde se van a utilizar dichas horas, dado que dependerá de la programación de actividades del Distrito”.*

Es sobre esa bolsa de horas adicionales sobre las que se puede ofertar una mejora puntuable y el criterio resulta claro en ese sentido, sin que sea preciso mayor concreción sobre el carácter de la mejora o su valoración.

En cuanto al límite máximo a ofertar, debe tenerse en cuenta que esas horas influyen en la oferta económica presentada por lo que es la viabilidad económica de la oferta la que debe marcar el límite de la mejora propuesta, sin que sea preciso que

el pliego establezca un máximo de horas de mejora, que puede variar en función de la oferta económica de cada licitador.

En todo caso debe recordarse que el artículo 201 de la LCSP establece que *“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.*

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo (...).”

Por lo tanto si se entendiese que las mejoras ofertadas en correlación con la oferta económica, pueden significar un incumplimiento de las obligaciones laborales o poner en peligro la correcta ejecución del contrato, el órgano de contratación podría solicitar de la empresa las explicaciones necesarias sobre el cumplimiento del mismo.

En base a lo anterior procede desestimar el motivo de recurso.

El segundo motivo alegado se refiere a que *“la mejora contenida en la cláusula 19.2.3 no está vinculada al objeto del contrato”*. Sostiene la recurrente que *“esta parte no alcanza a comprender en qué medida una retribución más elevada por parte de la empresa redundaría en una mejor prestación del servicio por parte de los trabajadores. Lo que parece más bien es que la Administración pretende influir en la política salarial de las licitadoras, lo que constituiría una injerencia en toda regla. Aun así, y en caso de admitirse este criterio, tendría que serlo con una ponderación mínima, muy inferior al 20% con el que se pondera en el caso que nos ocupa. Este criterio es el sostenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 355/2017, de 21 de abril”*.

El órgano de contratación en su informe argumenta que *“parece evidente que una mejor retribución redundaría en una mejor ejecución del contrato, más teniendo en cuenta que se trata de un contrato en el que el ‘peso’ que tienen los servicios a realizar por los trabajadores es del 100%”*. Añade que *“En ningún caso la Administración, con estos criterios de adjudicación, influye en la política salarial de las empresas, puesto que no hay obligación alguna de ofertar la mejora que se plantea. Así mismo, establecer un tope para la mejora si podría considerarse una injerencia. En definitiva, de lo que se trata implementando este criterio de adjudicación es de incluir aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, tal y como se expone en el preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, permitiendo que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes”*.

Cita en apoyo de su criterio el artículo 1.3 y el 145.2 de la LCSP que exige por un lado la incorporación de criterios sociales en la contratación y por otro, los contempla como criterios de adjudicación del contrato.

Sobre la posibilidad de establecer como criterio de adjudicación el incremento de los salarios de los trabajadores respecto del convenio aplicable, se ha pronunciado este Tribunal en diversas ocasiones, incluso antes de la entrada en vigor de la vigente LCSP, admitiendo la relación con el objeto del contrato, en el marco de la contratación estratégica contemplada por la Directiva 2014/24/UE y por tanto su admisión en base al artículo 67.2 de la misma.

En todo caso, la posible discusión sobre su admisión ha quedado resuelta a la vista del texto de la LCSP ya que tanto en su artículo 1.3 como en el propio artículo 145.2 se establece que los criterios cualitativos 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 y cita expresamente *“la mejora de las condiciones laborales y salariales”*.

En cuanto a la vinculación con el objeto del contrato, el mencionado apartado 6 señala que se considera vinculado *“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 (...) incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”*

En este caso en el que las prestaciones son de carácter personal, como indica el Ayuntamiento, las condiciones laborales de los trabajadores tienen una repercusión evidente en la calidad de la prestación.

En cuanto al establecimiento de un máximo de incremento en el criterio, cabe decir lo mismo que respecto de la bolsa de horas, será cada licitador en función de su oferta económica el que deba determinar el alcance de la subida ofertada y el órgano de contratación puede controlar que no se pone en riesgo la ejecución correcta del contrato o el cumplimiento de las obligaciones laborales.

En consecuencia la cláusulas impugnadas resultan acordes con la Ley, por lo debe desestimarse igualmente este motivo de recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por doña M.M.S, en nombre y representación de Senior Servicios Integrales, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicio de Conserjería, Atención al Público y Control de entradas en edificios y equipamientos

adscritos al Distrito de Arganzuela, número de expediente: 300/2018/01684.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.