



Recursos nº 338 y 398/2017 C.A. Región de Murcia 42 y 46/2017

Resolución nº 474/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 01 de junio de 2017.

VISTOS los recursos interpuestos por D. J.M.H.A., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI), y D. A.O.F., en nombre y representación de EMURTEL, S.A. contra los pliegos que han de regir del procedimiento convocado por la Dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud para la licitación del contrato de “*Servicio de mantenimiento integral de edificios de atención primaria y hospitalaria para el Área de Salud VIII del Mar Menor*” (exp. CSE/9999/1100752762/17 /PA), este Tribunal, en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud convocó mediante anuncio publicado el 28 de marzo de 2017 en el DOUE, el 6 de abril de 2017 en el BOE, y el 28 de marzo de 2017 en el Perfil del Contratante, licitación para adjudicar por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato de servicio de mantenimiento integral de edificios de atención primaria y hospitalaria para el Área de Salud VIII del Mar Menor, por un valor estimado del contrato de 3.720.551,84 (IVA excluido).

Segundo. La ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS y EMURTEL, S.A. han interpuso sendos recursos especiales contra los Pliegos aplicables al referido contrato, por considerar que la cláusula 13.1.1. (“Criterios adjudicación evaluables de forma automática”), del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que han de regir la licitación debe ser anulada, en concreto, al haberse previsto como evaluable, con una puntuación de 5 puntos, el compromiso de la empresa de mantener la continuidad del personal que presta actualmente sus servicios en las instalaciones objeto del contrato y cuenten con una



antigüedad superior a 1 año a fecha de fin de plazo de licitación del contrato. Entienden los recurrentes que este criterio infringe lo dispuesto en el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por no tener vinculación con el objeto del contrato y transgredir el principio de igualdad de trato entre licitadores.

Tercero. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe, en el que solicita la desestimación del recurso por considerar ajustado a Derecho el PCAP el compromiso de la empresa de mantener la continuidad del personal que presta actualmente sus servicios en las instalaciones objeto del contrato y cuenten con una antigüedad superior a 1 año a fecha de fin del plazo de licitación del contrato. Alega el órgano de contratación que ello no solo es conforme con la legislación de contratos, sino que además la contratación socialmente responsable es un concepto impulsado por la Directiva 2014/24/UE.

Cuarto. Por la Secretaría del Tribunal se ha puesto de manifiesto el expediente a los restantes licitadores a fin de que pudieran formular las alegaciones y aportar los documentos que tuvieran por conveniente, sin que se haya evacuado el trámite por ninguno.

Quinto. El 20 de abril de 2017, la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 36 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 y 3 del TRLCSP, en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad



Autónoma de La Rioja sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 2 de agosto de 2012 y publicado en el BOE número 198, de 18 de agosto de 2012.

Segundo. De acuerdo con el artículo 13 del RPERMC, se acuerda la acumulación de los procedimientos de recursos números 338/2017 y 398/2017, al guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión por impugnarse en ambos casos, y por idénticos motivos, el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Tercero. Se recurre el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la licitación de un contrato de servicios susceptibles de impugnación por esta vía en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP y se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. Los recursos han sido interpuestos en el plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP y en el artículo 19 apartados 1 y 2 del RPERMC, por quienes ostentan la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la asociación recurrente considera que la cláusula 13.1.1, apartado 2) del Cuadro de Características del PCAP debe ser anulada por ser contraria al artículo 150 del TRLCSP. El tenor literal de dicha cláusula es el siguiente:

“Se otorgarán 5 puntos, a aquellas empresas que formulen una propuesta de continuidad del personal que presta actualmente sus servicios en las instalaciones objeto del contrato y cuenten con una antigüedad superior a 1 año a fecha de fin de plazo de licitación de este expediente, y que se recogen en el ANEXO I de este Cuadro de Características”.

Tal y como se analiza en la Resolución de este Tribunal 210/2016, de 18 de marzo, pese a la inicial disparidad de pronunciamientos judiciales -muchos de ellos negaban la posibilidad de que los Pliegos incluyeran mejoras sociales como criterios de adjudicación en todo caso- tras la Directiva 2014/24/UE ha de concluirse que si la mejora social guarda relación con el objeto del contrato y tiene la debida proporcionalidad, debe ser admitida como criterio de adjudicación. En concreto, se señalaba sobre este particular en la citada Resolución 210/2016, lo siguiente:



“Dada la inmediatez de la fecha (18 de abril de 2016) para que el Estado español incorpore a nuestra normativa de contratación del sector público 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, hemos de enjuiciar las mejoras sociales referidas bajo los parámetros introducidos en la referida Directiva 2014/24/UE. Y así hallamos las siguientes referencias a los criterios sociales y su introducción en las distintas fases de los contratos y, en particular, como criterio de adjudicación:

- *Considerando 40: el control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado.*
- *Considerando 99: las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.*
- *Artículo 67. Criterios de adjudicación de los contratos.*



1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

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:

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

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, o

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución”.

No obstante lo anterior, también procede traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de que los pliegos contengan cláusulas relativas a la subrogación empresarial en los contratos de los trabajadores que estén prestando el servicio que se licita. Así, citamos en su momento la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa quien, en su informe de 31/1999, de 30 de junio, exponía que *"en definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares"*.



La Resolución 134/2013, de 5 de abril, de este Tribunal señalaba: *“Y como también decíamos en nuestra resolución 317/2012, la Administración contratante no es partícipe de las relaciones laborales del adjudicatario del contrato. Así lo ha expresado igualmente la Abogacía General del Estado en su informe de 29 junio de 2005, citado en la resolución 271/2012 en el cual señala, refiriéndose al caso de que la cláusula de subrogación se incluya en los pliegos en ausencia de convenio colectivo, que "por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un contenido netamente laboral y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio." Por tanto, la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo que venían ligando al anterior concesionario depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no lo está, el establecimiento ex novo de esta obligación en los pliegos excedería de su contenido jurídicamente admisible, por lo que deberían ser anulados en este punto”.*



Planteada así la cuestión, aun partiendo de la admisibilidad teórica de incluir mejoras sociales como criterio de adjudicación, debe analizarse si el compromiso de mantener durante la vigencia del contrato del personal que presta actualmente sus servicios en las instalaciones objeto del contrato y cuenten con una antigüedad superior a 1 año a fecha de fin de plazo de licitación constituye una verdadera mejora social de las amparadas por la Directiva 24/2014 y si, supuesto ello, tiene además vinculación con el objeto del concreto contrato a cuya licitación se refiere, y si es proporcionado, no creando su inclusión distorsiones o discriminación entre las empresas licitadoras.

Pues bien, lo primero que debe señalarse es que la mejora social que los Pliegos contemplan como criterio de adjudicación no tiene cabida entre las que menciona el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE, ni es análoga a ninguna de ellas, pues no tiene por objeto proteger la salud del personal que participa en la ejecución del contrato, ni favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables, ni ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate. Si a ello se añade que su exigencia no deriva en una mejor prestación del servicio (ni siquiera afecta directamente a la forma o calidad del servicio objeto de la prestación) y que su valoración como criterio de adjudicación efectivamente puede ocasionar distorsiones entre los licitadores, debe convenirse con los recurrentes que su inclusión como criterio de valoración de las ofertas no es conforme a Derecho.

En efecto, son varios los motivos que llevan a este Tribunal a considerar discriminatorio y susceptible de crear desigualdades y distorsiones entre los licitadores la admisión de este criterio de adjudicación: a) En primer lugar, por cuanto en los contratos de servicio de mantenimiento integral los costes salariales constituyen la parte esencial del precio, hasta el punto de que la competencia entre los licitadores se limita prácticamente a este aspecto, de forma que las ofertas serán más elevadas cuanto mayores sean también los costes salariales y viceversa; b) Además, aunque el porcentaje del 5% parezca a priori proporcionado en relación con la puntuación total, no debe perderse de vista que no admite graduaciones internas, de forma que en su aplicación se otorgarán automáticamente cinco puntos a los licitadores que presenten una propuesta de mantenimiento de la plantilla actual y cero puntos a quienes no lo hagan, lo que situará a estas últimas empresas en condiciones de inferioridad manifiesta; c) Precisamente esta finalidad es además la



perseguida por el órgano de contratación al incluir esta cláusula, es decir, primar a las empresas que presenten una propuesta de continuidad del personal que presta actualmente sus servicios en las instalaciones aunque no repercutan en la mejora del servicio, lo que necesariamente se traducirá en una oferta económica mayor (al ser mayores los costes a soportar por el licitador) sin que el servicio se vea beneficiado, traduciéndose esta exigencia en la presentación de ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente para la Administración, de modo que con la aplicación de este criterio se valorará positivamente a la empresa cuya oferta no sea económicamente más ventajosa para la Administración, en contra del espíritu que ha de regir en la ponderación de las ofertas para seleccionar un adjudicatario en los artículos 150 y siguientes del TRLCSP, cuya finalidad es que resulte elegido el licitador cuya oferta sea económicamente la más ventajosa para la Administración.

Debe, por tanto, conforme a todo lo expuesto, estimarse el recurso en este punto, declarando la inclusión de este criterio de adjudicación no ajustado a lo previsto en los artículos 150 y siguientes del TRLCSP, al no tratarse de una cláusula social de las que la Directiva 24/2014 permite incluir como criterios de adjudicación ni estar vinculada directamente al objeto del contrato ni resultar proporcional con el resto de los criterios, pudiendo ser además susceptible de provocar en su aplicación discriminación entre los licitadores.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar los recursos acumulados, interpuestos por D. J.M.H.A., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS, y D. A.O.F., en nombre y representación de EMURTEL, S.A. contra los pliegos que han de regir del procedimiento convocado por la Dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud para la licitación del contrato de *“Servicio de mantenimiento integral de edificios de atención primaria y hospitalaria para el Área de Salud VIII del Mar Menor”* (exp. CSE/9999/1100752762/17/PA, anulando la cláusula 13.1.1, apartado 2) del



Cuadro de Características del PCAP, debiendo modificarse los pliegos y conceder nuevo plazo para la presentación de ofertas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.