



Recurso nº 454/2019 C.A. Illes Balears 36/2019

Resolución nº 897/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 31 de julio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.N.N., en representación de ESPAIS NETS MALLORCA S.L.U. frente a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato del “*Servicio de salvamento, vigilancia, socorrismo, seguridad y atención personalizada al baño asistido en las playas de Palma*” licitado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, se convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 18 de marzo de 2019 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 19 de marzo de 2019, licitación para adjudicar mediante procedimiento abierto el contrato de “*Servicio de salvamento, vigilancia, socorrismo, seguridad y atención personalizada al baño asistido en las playas de Palma*”, con un valor estimado del contrato de 2.431.105,13 euros.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), aprobada por 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.



Tercero. Contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) el representante de ESPAIS NETS MALLORCA S.L.U., ha interpuesto recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, mediante escrito de fecha de entrada el 8 de abril de 2019 en el registro electrónico del Sistema de Interconexión de Registros, y el 9 de abril el justificante de presentación en el registro del órgano de contratación el 9 de abril de 2019; en el recurso solicita que “*se anule la licitación de referencia*” por los fundamentos que constan en su escrito del recurso.

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe preceptivo de fecha 11 de abril de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP y el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre atribución de competencia de Recursos Contractuales, firmado el 29 de noviembre de 2012 y publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012 en virtud de Resolución del Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas de 10 de diciembre de 2012.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

Tercero. Concorre en la recurrente la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, tal y como ha reconocido este Tribunal a partir de la interpretación amplia que el Tribunal Constitucional ha deparado en relación con el concepto de legitimación activa (Sentencias núm. 119/2008, de 13 octubre y número 38/2010, de 19 de junio).

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido los 15 días hábiles de plazo entre la fecha de la publicación del pliego y la de presentación del recurso.



Quinto. El recurso sostiene la falta de adecuación a Derecho de los pliegos, esgrimiendo los siguientes motivos en los que fundamenta su pretensión de nulidad:

- Incumplimiento de los artículos 122 y 201 LCSP, alegando que “(...) *las condiciones recogidas en los pliegos, no garantizan ni aclaran las obligaciones sociales o laborales que son de aplicación durante la ejecución del contrato debido a que las condiciones económicas del contrato, no tienen en cuenta los costes laborales del convenio colectivo sectorial de referencia y aplicación (...)*”. La falta de identificación correcta del marco laboral, comporta que el cálculo del valor estimado, del coste económico y del cálculo del precio del contrato sean erróneos y el resultado será el incumplimiento del art. 122 de la LCSP9/2017 “la obligatoriedad del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”, puesto que no están correctamente presupuestadas.”

- Incumplimiento del artículo 100.2 y 101,2 LCSP. Al respecto señala la recurrente que: “(...) *En la lectura de los Pliegos, ni al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ni al Pliego de Prescripciones Técnicas se hace referencia ni aparece el presupuesto base de la licitación tal y como indica el artículo 1002 de la LCSP 9/2017 no garantizando que el contratista pueda realizar el servicio bajo el marco legal de aplicación (...)*.”

- **Incumplimiento del artículo 102.3 LCSP.** Afectaría esta infracción del precepto citado a la determinación legal de que “ *los órganos de contratación legal de que cuidarán de que el precio se adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación*” y a la de que “*aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales (supuesto ante el que nos encontramos en el presente procedimiento), deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios*”. Esos incumplimientos los basa, entre otros datos que expone, en que en los pliegos “*se estipula un sueldo base muy superior al aplicable según el convenio de referencia en el sector que no es otro que el IV Convenio colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios*” y en que “*Existe una insuficiencia presupuestaria*”, que se demostraría por los datos que expone



- Que el órgano de contratación no ha realizado el estudio de viabilidad de la licitación al que se refiere el artículo 285.2 LCPS, alegando que: *“(....) Si hubiera procedido el órgano de contratación a realizar este estudio, en base a las exigencias expuestas en el cuadro de criterios de adjudicación de la licitación, en relación a los salarios a percibir del personal adscrito al servicio, hubiera podido comprobar la total inviabilidad de esta licitación.”*

- Nulidad de las condiciones especiales de ejecución del contrato en lo que se refiere a la inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado laboral (Cláusula M del PCAP). Al respecto señala la recurrente que: *“(....) La Cláusula M del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares recoge como condición especial de ejecución del contrato la Inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado laboral (letra C). Dentro de dichas obligaciones, el Pliego-de acuerdo con una Instrucción de Contratación aprobada por el Ayuntamiento de Palma- define qué es lo que se entiende como persona con dificultades de acceso al mercado laboral.*

La peculiaridad de dicha definición es que no coincide con lo previsto en la legislación de contratos ni en la legislación estatal (que es la Administración competente para determinar dicha condición). Por este motivo dicha condición especial de ejecución de contrato es nula de pleno derecho por no estar amparada- en esos términos- por ninguna Ley.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, establece como definición de persona con dificultades de acceso al mercado laboral “personas inscritas en los programas de inserción laboral del Ayuntamiento de Palma” (aceptan también otros programas parecidos, pero sin definir las características que deben tener dichos programas para ser considerados equivalentes). Con ello están estableciendo una barrera de entrada que infringe la legislación comunitaria: se da prioridad a las personas vinculadas al tráfico jurídico de la Administración que contrata. (...).”

- Nulidad de las condiciones especiales de ejecución del contrato, en lo que se refiere a criterios lingüísticos (Cláusula M, letra H del PCAP). Argumenta la recurrente que: *“(....) el fomento de una lengua cooficial de un Estado miembro de la Unión Europea no puede ser tenido en cuenta como una consideración de tipo social, tal y como se establece en la comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de los*



contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos publicados en el Diario de las Comunidades Europeas el 28 de noviembre de 2011 (...)”.

- De la nulidad de la solvencia exigida *“El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece los medios de solvencia económica y técnica. Entre los medios que exige no se incluyen los datos correspondientes a la clasificación (categoría, grupo y subgrupo) que podría presentar el licitador, vulnerando lo dispuesto por el artículo 77.1. b) LCSP.*

- De la nulidad del criterio de adjudicación *“Mejoras laborales y salariales”, y sobre esta causa de nulidad, la recurrente argumenta: “El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incluye como criterio de adjudicación (y con una importante ponderación del 29%) las “Mejoras de las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución del contrato”.*

Para la valoración de dichas mejoras se parte de unos salarios preestablecidos que no son los recogidos en el convenio colectivo que resulta de aplicación en el presente contrato. (...) Pero, además, a continuación se valoran mejoras sobre dicho importe y se penaliza que se rebaje hasta dejarlo en un valor (90% del importe fijado en el Pliego) que sigue siendo distinto y superior al previsto en el convenio colectivo del sector. Por último, y dentro del mismo criterio, se limita la posibilidad de aumento de sueldo en algunas categorías introduciendo unos factores de saciedad en la fórmula con la que se valora este criterio de adjudicación.”

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo considera, en síntesis, que los pliegos se ajustan a la legalidad vigente.

Sexto. Las cuatro primeras causas de nulidad invocadas por la recurrente- nulidad del convenio de aplicación, nulidad del presupuesto de licitación, nulidad del estudio económico y nulidad de la viabilidad de la licitación, así como la invocada nulidad del criterio de adjudicación *“Mejoras laborales y salariales”, se encuentran interrelacionadas, girando todas ellas en torno a la insuficiencia del presupuesto de licitación para cubrir los costes de la prestación del servicio, si bien la última, se refiere también a otras causas, por lo que procedemos a dar respuesta conjunta de las cuatro primeras causa en este fundamento y de relativa a las mejoría laborales y salariales, en el siguiente fundamento.*



El órgano de contratación, en su informe preceptivo manifiesta lo siguiente sobre las alegaciones de la parte en estos concretos motivos:

“(…) esta Administración sí ha tomado las medidas pertinentes para garantizar, en la ejecución del contrato, que los contratista cumplan las obligaciones aplicables en materia laboral, puesto que un marco de inexistencia de convenio sectorial específico para los servicios de socorrismo en medio acuático, se recurrió en su momento a convenios colectivos de objeto y actividades similares, de carácter estatal que aplicarán dependiendo, para poder dar cumplimiento, en lo posible, al artículo 102.3 de la LCSP en concreto al Convenio colectivo de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas y al Convenio de instalaciones deportivas y gimnasios.

En este contexto, procede señalar que será la actividad de la empresa la que marcará la norma convencional aplicable, con independencia de las diferentes actividades que en ella se puedan desarrollar, y por este motivo, no puede venir explícitamente determinada en los pliegos.

(…)

La parte recurrente presenta un desarrollo de sus cálculos que se fundamenta, erróneamente, en un periodo de prestación del servicio que no se ajusta a la realidad del servicio objeto de estas licitación (lote 1 y lote 2), al confundir que el servicio se extiende a lo largo de los 12 meses del año, cuando en realidad es un servicio cuya prestación se limita a 6 meses, comprendidos entre el 1 de mayo y el 31 de octubre, tal y como aparece detallado en los apartados 5 y 6 de los pliegos de prescripciones técnicas, en el mismo objeto del contrato al referirse al cumplimiento de los planes de salvamento vigentes para cada playa (en los cuales se detalla el periodo de servicio) y en el anexo 1 de los citados pliegos.

Así, pues la pretensión de la recurrente se fundamenta en una consideración errónea que produce un vicio que se repite y afecta a todo el desarrollo posterior del texto del recurso.

(…)



Presupone el recurrente que el ayuntamiento no ha elaborado un estudio previo de viabilidad económica, estudio estimativo que sí se ha realizado de forma previa a la determinación de un correcto precio de licitación y que ha permitido ajustar el precio con las necesidades de servicio a contratar. En cambio, la parte recurrente incurre en una consideración errónea sobre el período de ejecución del servicio y que es objeto de contraprestación económica, error fatal que provoca en los cálculos de la parte recurrente unos resultados desorbitados de costes anuales, que no se ajustan a la realidad del servicio.

En conexión con lo anterior y respecto a la pretensión de nulidad del criterio de adjudicación “mejoras laborales y salariales” indica el órgano de contratación que: “(...) las bases salariales que se han empleado para la determinación de las constantes de la fórmula de aplicación del criterio permite puntuar a los licitadores en base al objetivo de mejora de las condiciones salariales de los trabajadores, extremo que, por parte de la administración contratante, se ha realizado en el marco de la Instrucción del Ayuntamiento de Palma para una contratación pública con responsabilidad social, medioambiental y lingüística, aprobada por Junta de Gobierno de 5 de octubre de 2016, que responde a los principios y preceptos señalados en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014 (...). La instrucción citada incluye en la relación de criterios evaluables de manera automática y objetiva, la mejora de las condiciones salariales por encima del convenio sectorial y territorial de aplicación.”

Pues bien, el fundamento sobre el que pivotan las pretensiones de nulidad esgrimidas por la recurrente se encuentra en la consideración de que el presupuesto base de licitación no permite un adecuado cumplimiento del contrato, que los documentos rectores del procedimiento no mencionan el Convenio Colectivo Sectorial de aplicación.

Este Tribunal considera que asiste la razón al órgano de contratación ya que las pretensiones de la recurrente parten de un error en el cálculo de las previsiones unilaterales que realiza, ya que todos los cálculos practicados para sostener que la mejora de las condiciones salariales establecidas en el PCAP es de imposible aplicación y que el precio máximo de licitación no permite hacer frente a los costes salariales, toman como referencia un periodo de prestación del servicio de 12 meses, cuando, atendiendo a lo preceptuado en los puntos 5 y 6 del PPT



el periodo de prestación del servicio abarca desde el 1 de mayo hasta el 31 de octubre, error que invalida de plano las alegaciones y pretensiones de su recurso.

Por contraposición el órgano de contratación expone que los criterios utilizados para fijar el precio del contrato y, en concreto los costes salariales, están basados en los precios del mercado, en los costes reales y actuales de prestación del servicio así como en los convenios colectivos relacionados con el objeto del contrato ante la inexistencia de un convenio sectorial específico para el servicio objeto del contrato, ajustados al alza y, que en consecuencia, ha de prevalecer dada la absoluta falta de fundamento de las estimaciones de la recurrente.

En particular, sobre cada uno de los motivos alegados, debemos poner de manifiesto lo siguiente:

-Sobre la alegada infracción de los artículos 122 y 201 de la LCSP, no cabe aceptar la argumentación de la recurrente, en la medida en que, en contra de lo que afirma, no existe convenio sectorial de aplicación, y no es aplicable al caso el *IV Convenio colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios*. Por tanto, no se puede imputar a los pliegos que en el estudio económico del servicio no se han tenido en cuenta los costes salariales de un convenio que no es aplicable al caso. Por tanto, no cabe admitir la nulidad de un convenio ni aplicable ni aplicado por inexistente.

-Sobre la alegación de nulidad del presupuesto base de licitación por infracción del artículo 100.2 en lo relativo a "*En los contratos en que el coste de los salarios de las personas ocupadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación tiene que indicar de manera desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia*", consideramos que no puede prosperar, precisamente porque al no existir convenio sectorial aplicable no cabe desglosar con desagregación de categoría y genero los costes salariales estimados a partir de un convenio sectorial inexistente y que no puede servir por ello, de referencia. Por tanto, no puede prosperar la alegación de la nulidad del presupuesto sobre la base de no aplicación de un convenio ni aplicable ni aplicado por inexistente.

- Sobre la alegación de **incumplimiento del artículo 102.3 LCSP**, por no haber aplicado la determinación legal de que "*en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean*



los costes laborales (supuesto ante el que nos encontramos en el presente procedimiento), deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”, tampoco puede prosperar precisamente por la misma razón indicada en los dos guiones anteriores, ya que no cabe atender para fijar el precio del contrato con arreglo al precio general de mercado tomando en consideración unos costes laborales sobre la base de un convenio sectorial inexistente.

-Y sobre la alegación de que el órgano de contratación no ha realizado el estudio de viabilidad económico financiera de la licitación al que se refiere el artículo 285.2 LCPS, baste aquí afirmar para rechazarla que estamos ante un contrato de servicios, no ante un contrato de concesión de servicios, que es al que se refiere y es aplicable el precepto invocado como infringido, que por ello mismo no es aplicable al caso.

Todo lo cual determina la desestimación del recurso en cuanto a la pretensión de nulidad por esos cuatro motivos

No obstante lo anterior y a mayor abundamiento, procede exponer los preceptos aplicables así como la doctrina de este Tribunal sobre la determinación del presupuesto base de licitación y el precio de los contratos.

En tal sentido, debemos comenzar transcribiendo lo que dispone el artículo 100 LCSP referido al presupuesto base de licitación:

“1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el



presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”

Sobre el precio de los contratos, el artículo 102.3 LCSP:

“3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.”

Tal y como resulta de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 LCSP, la determinación del precio del contrato corresponde al órgano de contratación, si bien se establece como principio general en relación con su fijación, que el mismo ha de ser adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato y que la correcta estimación de su importe ha de hacerse atendiendo al precio general del mercado.

Este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones (si bien bajo la vigencia del derogado TRLCSP, cuyo artículo 87.1 contenía una prescripción similar al del actual artículo 102.3 LCSP) que *“la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica* (por todas, Resolución nº 423/2017, de 12 de mayo) y, señalábamos en Resolución nº 237/2017, de 3 de marzo, que:

“(…) al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como



tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas (...).”

Pues bien, en el caso que nos ocupa, y aplicando el principio de discrecionalidad técnica que tiene en este ámbito el órgano de contratación, hay que decir que no se acredita de modo suficiente por la recurrente, que los costes salariales calculados por el órgano de contratación no tomen en consideración los convenios colectivos aplicables a actividades semejantes ni que, en definitiva, el precio no sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, estando, por el contrario, equivocadas todas las previsiones de la recurrente al basarse en una errónea determinación de plazo de ejecución del contrato. Efectivamente, como alega el OC la recurrente efectúa sus estimaciones de costes y presupuesto, valor estimado y precio sobre la base de un plazo de duración del contrato de un año, cuando lo correcto que prevé el PCAP es un plazo de seis meses.

Por ello, debemos desestimar el recurso en estas concretas cuestiones, atendiendo a la doctrina anteriormente referida sobre el margen de apreciación del órgano de contratación sin que la recurrente haya demostrado su incorrección.

Séptimo. Impugna también la recurrente el criterio de adjudicación consistente en la mejora de las retribuciones salariales establecidas para los distintos participantes en la ejecución de contrato. Dicha mejora, que se pondera además con una puntuación de 29 puntos sobre 100, se establece en función del incremento de las retribuciones salariales del personal establecidas sobre unos salarios que no son, según la recurrente, los correspondientes al convenio colectivo aplicable.

En concreto alega que *“para la valoración de dichas mejoras se parte de unos salarios preestablecidos que no son los recogidos en el convenio colectivo que resulta de aplicación en el presente contrato.*

Es decir, parte de unos salarios que no son los fijados por el convenio colectivo aplicable por lo que su imposición, ya de por sí, es nula de pleno derecho.



Además, se valoran mejoras sobre dicho importe y se penaliza que se rebaje...”

En fin, alega que “tanto la imposición de unos salarios mínimos como su forma de valorarlos son nulos de pleno derecho”.

Del texto de este motivo puede deducirse que la recurrente impugna tanto el hecho en sí de la imposición de unos salarios que no son los mínimos establecidos por un convenio aplicable y obligatorio con carácter general para todo el sector como la forma de valorarlo, con penalizaciones si se rebajan y como mejora por encima. Es decir, el recurrente, además de la imposición de unos salarios mínimos obligatorios inexistentes por convenio, considera nulo que se valoren con penalizaciones si se reducen, lo que es contrario a su carácter obligatorio. Se ataca, por tanto, ambos aspectos, el criterio en sí, la imposición de unos salarios mínimos convención ales inexistentes y su forma da aplicación.

Este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este tipo de mejoras, en concreto y entre otras, sobre las mejores salariales, en varias Resoluciones y, en concreto, en la Resolución nº 235/2019, Recurso 764/2018, de 8 de marzo de 2019, en la que dijimos:

«Se recurre por contrario al artículo 145 de la LCSP las mejoras sociales (hasta un máximo de 10 puntos) siguientes:

*«a) **Calidad del empleo. Condiciones salariales.** (Hasta un máximo de 5 puntos)*

Se valorarán las propuestas de mejora de las condiciones salariales sobre lo establecido en el Convenio de Limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias.

Se dará la máxima puntuación a la propuesta que presente el mayor porcentaje de subida salarial y el resto se reducirá proporcionalmente.

(...)

Nos hallamos, en efecto, ante la introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación del contrato, con una puntuación de 10 sobre el total de 100 que han de ser examinadas a la luz de la normativa comunitaria e interna vigente.



La determinación de si los dos indicados criterios sociales de adjudicación impugnados son o no conformes con la Directiva 2014/24/UE y, de serlo, si lo serían también con la LCSP, ha de hacerse, en primer lugar, ante dicha Directiva y mediante el examen de la adecuación de aquellos criterios de adjudicación a la citada Directiva en dos aspectos concretos, a saber:

1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y

2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.*
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.*
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.*
- d) Deben publicarse previamente.*

Séptimo. *El primer aspecto de los antes reseñados que ha de concurrir en un criterio para que pueda serlo verdaderamente de adjudicación es que concurra en él la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación.*

A ese fin, la Directiva 2014/24 determina en su Considerando 89 que:

(89) «La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos “oferta económicamente más ventajosa” como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas...».

Y en el Considerando 90 determina que



(90) «La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. **Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte, conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato».**

Por tanto, en la citada Directiva, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe efectuarse sobre la base criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y respecto de la fijación de normas de calidad, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.

En fin, sobre ese aspecto, la Directiva 2014/24 concreta en su Considerando 92 la condición esencial de todo criterio de adjudicación, al determinar que:

(92) «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».**



Por tanto, la Directiva concreta ese aspecto esencial de todo criterio de adjudicación en que ha de 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 (PT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, **tal como se define en las especificaciones técnicas**.

De lo anterior se deduce que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.

Por otra parte, ha de ponerse de relieve que la Directiva 2014/24 no ignora que los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio se integran en el objeto del contrato en sentido amplio, comprensivo de los factores que intervienen en cualquier fase del ciclo de vida de la prestación; pero ello no altera que la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, aunque sea a través de alguno de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar, ha de permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio. Es decir, la prestación contractual.

Lo anterior resulta confirmado por el Considerando 94 de la Directiva 2014/24, que determina que:

(94) «**Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato**, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación **la organización, la cualificación y la experiencia del personal** encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta».



*Por tanto, las cualidades del personal empleado determinantes de la calidad en la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, sí pueden emplearse como criterio de adjudicación, pero solo si ello es determinante para el nivel del rendimiento del contrato, aspecto éste último que el **artículo 67 de la Directiva concreta en que esa calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato**. De lo que se sigue que un criterio de adjudicación solo puede basarse en aspectos, circunstancias o cualidades concurrentes en el personal empleado en la ejecución del contrato cuando, ello afecte al nivel de rendimiento de la prestación objeto del contrato o afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto.*

Y en caso de que se tenga en cuenta la calidad del personal (como por ejemplo en los servicios intelectuales), se pueden utilizar como criterios de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal.

A contrario, no pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni, por ello, a su valor económico.

Por otra parte, como determina la propia Directiva 2014/24, algunas consideraciones sociales vinculadas al proceso de producción solo pueden utilizarse de forma limitada como criterios de adjudicación o como condición de ejecución, tal y como establece el Considerando 98 de la Directiva 2014/24, en cuanto determina que:

*«...deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. **Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva**».*



En fin, afecta también a la cuestión que nos ocupa la circunstancia de que algunas consideraciones sociales que reúnan los requisitos exigidos pueden operar como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, pero otras solo pueden operar como condiciones de ejecución, sin duda porque no pueden reunir los requisitos intrínsecos para ser criterio de adjudicación, tal y como determina la Directiva 2014/24, en el Considerando 98, párrafo segundo, cuando afirma que:

(98) «Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y **la conciliación del trabajo y la vida familiar**, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional».

(104) «El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los **criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas**, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas».

De lo expuesto hasta ahora, resulta que solo pueden establecerse como **criterios de adjudicación** aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una **evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT)**. Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, **tal como se define en las especificaciones técnicas**.

Con arreglo a la Directiva 2014/24, solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan



evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Además, algunas consideraciones están limitadas en su aplicación, como los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, y otras solo pueden operar como condiciones especiales de ejecución.

Octavo. *Cumplido el requisito anterior para que un criterio de adjudicación sea admisible como tal, el segundo aspecto que determina si los dos criterios de adjudicación impugnados son admisibles o no por ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, es que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público, que son:*

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.*
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.*
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.*
- d) Deben publicarse previamente.*

De esos cuatro requisitos interesa aquí examinar someramente los requisitos a) y c).

Sobre el primer requisito, vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, la Directiva 2014/24, en su Considerando 98, determina que:

(98) «Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate».

Y el artículo 67.3 de la misma Directiva determina que:

«Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud



de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o*

- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».*

De los textos expuestos resulta claramente que un criterio de adjudicación cumple el requisito indicado si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto.

Ahora bien, solo será admisible como tal criterio de adjudicación si además cumple el requisito propio sustancial de cualquier criterio, que es el más arriba reseñado de que afecte al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnicas.

Sobre el segundo requisito del criterio (debe respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento) debe indicarse que un criterio de adjudicación no es admisible si es contrario a la igualdad entre operadores o es discriminatorio, lo cual ocurre o puede ocurrir si evalúa unas mejoras sobre las condiciones salariales establecidas en un convenio de ámbito territorial determinado respecto de las establecidas en el convenio de otro ámbito territorial distinto dentro del territorio nacional, o respecto de empresas de otros países miembros, bien sean mejores, bien sean peores, pues si una licitadora ya acude con unas condiciones salariales según su convenio territorial, inferiores a las del convenio territorial del poder adjudicador, se verá discriminada respecto de las empresas de ese territorio, o si ya tiene condiciones salariales mejores se verá favorecida, lo que determinaría desigualdad y discriminación.



Noveno. *Procede, a continuación, examinar si los dos concretos criterios de adjudicación impugnados en este recurso cumplen o no los requisitos expuestos para ser admisibles como criterios de adjudicación. No obstante, con carácter previo debemos poner de relieve ciertos aspectos.*

El primero es que es indudable que ese examen deberá hacerse desde la perspectiva de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, si bien interpretando ésta a la luz de la Directiva citada, pues, a fin de cuentas, dicha LCSP transpone aquélla al ordenamiento interno, por lo que los conceptos básicos empleados y su régimen han de interpretarse en función prevalente de la Directiva citada, que es la fuente de la regulación de la LCSP. Así, un criterio de adjudicación solo será admisible si cumple la condición establecida en la Directiva 2014/14 de que permita valorar las ofertas en términos de rendimiento del contrato, de la obra, el suministro o el servicio, tal y como es definido en las especificaciones técnicas, es decir, que pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, la ejecución de su objeto.

Por otra parte, el hecho de que la Directiva 2014/24 y la LCSP regulen unas mismas materias, si bien ésta transpone aquélla al ordenamiento interno español, puede determinar la existencia de aparentes contradicciones; no obstante, ello no se plantea en este caso, pues la regulación de la LCSP siempre será susceptible de armonizarse con la de la Directiva al no incurrir en modo alguno en infracción de la misma. En concreto, en materia de criterios de adjudicación, es obvio que la LCSP no contiene concepto y determinación alguna para definir qué es un criterio de adjudicación. Por el contrario, la Directiva sí lo contiene, y resulta de uno de sus Considerandos, que deriva de la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, determinar qué cualidad debe concurrir en un criterio de adjudicación para ser admisible, ha de buscarse en la Directiva citada. Por el contrario, el solo hecho de que la LCSP relacione una serie de finalidades a las que pueden referirse, entre otras, las características sociales del contrato, que no menciona expresamente la Directiva o que parece reconducirlas a una operatoria diferente, no implica que el criterio de adjudicación no pueda operar como tal, sino que solo podrá hacerlo si se configura de forma que concurra en él la cualidad que le hace ser admisible como criterio de adjudicación, que es determinar un mejor nivel de rendimiento del contrato, de su objeto prestacional o de la calidad de su ejecución.



En cualquier caso, en la resolución de las cuestiones planteadas en este recurso, cabe perfectamente una interpretación armónica de la LCSP conforme con el contenido de la Directiva 2014/24. Tal y como afirma la Audiencia Nacional en su Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Recurso nº 193/2018:

«En conclusión, en caso de contradicción entre la norma nacional y la comunitaria debe plantearse cuestión prejudicial si existieran dudas sobre el alcance del Derecho de la Unión sobre la institución regulada por el Derecho Nacional; pero en el caso de que no existieran dudas, y la vulneración infringida por el Derecho Nacional resulte evidente, lo que procede es su inaplicación en favor del de la Unión, sin necesidad de formular cuestión prejudicial».

Pues bien, en nuestro caso, no existe una clara contradicción de la LCSP con la Directiva en los aspectos que nos ocupan, por lo que cabe superar una aparente contradicción mediante una interpretación de la LCSP acorde con las determinaciones del Derecho Comunitario, en este caso, de la Directiva 2014/24.»

Y en dicha Resolución 235/2019, sobre el concreto criterio MEJORAS SALARIALES, tal y como estaba delimitado en el PCAP impugnado, dijimos:

*«**Décimo.** El primer criterio de adjudicación impugnado es el de **«Calidad del empleo. Condiciones salariales»**. En él se valoran las propuestas de mejora de las condiciones salariales sobre lo establecido en el Convenio de Limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, y se da la máxima puntuación a la propuesta que presente el mayor porcentaje de subida salarial, de manera que el resto se reducirá proporcionalmente.*

Como puede apreciarse, ese criterio recae sobre las condiciones salariales del personal empleado en la ejecución de la prestación objeto del contrato, que son servicios de limpieza. Por ello, se refiere al factor que interviene en la ejecución del contrato, el personal empleado, por lo que se cumple el requisito de su referencia a dichos factores, aunque no apreciamos su vinculación con el objeto del contrato en sentido estricto, esto es la prestación contratada, que son los servicios de limpieza a prestar.

La circunstancia anterior nos lleva a tener que comprobar si ese criterio de adjudicación, tal y como se configura en el PCAP incide en el rendimiento de las ofertas en la ejecución de los



servicios tal y como son definidos en las especificaciones técnicas, si mejoran ese rendimiento o la calidad de la ejecución y si permiten medir esas mejoras de niveles de rendimiento valorando comparativamente los de las distintas ofertas.

Pues bien, este Tribunal no aprecia cómo esas mejoras de las condiciones salariales pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, en definitiva, al valor económico de la oferta, como se requiere en la Directiva 2014/24, para que un criterio de adjudicación opere como tal y sea admisible.

Es más, se plantea cómo ese criterio, tal y como se configura, incide en la prestación objeto del contrato o se refiere a ella para medir o evaluar la mejora del nivel de su rendimiento y, por ello, cómo puede permitir evaluar comparativamente la mejora del nivel de rendimiento de la oferta sobre el contrato, y ello sin discriminación o desigualdades. Así, apreciamos que si una empresa parte desde un principio con unas condiciones salariales mejores que las del convenio respecto de otra empresa, el esfuerzo para mejorar las condiciones salariales según el criterio impugnado será mayor en la oferta de esta última empresa, ya que a aquélla le podría bastar con las condiciones que ya aplica como empresa a su personal. Así, si esta última empresa oferta las propias condiciones salariales que ya aplica en su empresa, no efectúa mejora alguna, aunque las condiciones salariales que ya aplica a su personal ya sí son mejores, pero la otra empresa, si parte de unas condiciones salariales peores a las que aplica aquella otra, sí puede esforzarse en mejorar sus condiciones salariales para el contrato licitado; sin embargo, si no supera las condiciones que ya aplica la otra empresa, obtendría menos puntos a pesar de haber mejorado las condiciones salariales que aplicaba sobre convenio. En definitiva, el criterio sería discriminatorio, pues valoraría condiciones de la empresa que ya aplica a todos sus trabajadores en un caso, mientras que en el otro valoraría solo condiciones salariales mejoradas para el personal que vaya a adscribirse a la ejecución del contrato.

Por tanto, el criterio impugnado no puede cumplir la condición exigida en la Directiva 2014/24, ya reseñada, y, además por ello mismo, puede ser discriminatoria. Por ese motivo, no es admisible como criterio de adjudicación tal y como está configurada en el PCAP. Por la misma razón, no apreciamos su vinculación con el objeto del contrato, entendido en su sentido



estricto, de la prestación objeto del mismo, los servicios de limpieza, aunque sí con el personal empleado en la ejecución de dicha prestación.

En ese mismo sentido, si bien de forma más directamente referida a la vinculación con el objeto del contrato, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, en su Resolución 4/2018, de 26 de noviembre de 2018, Recurso nº 4/2018, interpuesto por la misma entidad recurrente, ASPEL, se ha pronunciado sobre el criterio adjudicación consistente en aumento porcentual del salario base de los trabajadores que intervengan de manera directa en la ejecución del contrato respecto del salario base estipulado por Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de la limpieza de edificios y locales de Sevilla durante toda la ejecución del contrato, Resolución en la que, con cita de diversa jurisprudencia y doctrina de diversos Tribunales de Recursos Contractuales, incluido este TACRC, considera que:

«En el caso objeto del presente recurso considera este Tribunal sin embargo, **que no queda justificada la preceptiva relación por los siguientes motivos: Se trata de una justificación genérica e imprecisa donde no se concreta la vinculación existente entre el objeto del contrato (prestación del servicio de limpieza) y la mejora salarial incorporada como criterio de adjudicación, muestra de ello es el uso de conceptos tales como "mejora del clima laboral" o "paz social" que no son suficientes para mostrar la requerida vinculación, o invoca como justificación abstracta el peso fundamental de los gastos de personal en el contrato, por lo demás característica señera de todos los contratos de servicios; la justificación relativa al "compromiso que como Institución Pública este Parlamento de Andalucía asume en la defensa de la mejora de los trabajadores en general" podría invocarse por cualquier poder adjudicador**».

Es decir, como hemos visto, **la Directiva 2014/24/UE establece que los criterios de adjudicación deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como se define en las prescripciones técnicas, y que si se tiene en cuenta la calidad del personal (como por ejemplo en los servicios intelectuales, que no es el caso), se pueden utilizar como criterios de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal (Considerando 94).**



El mayor salario de los trabajadores que ejecuten la prestación respecto del establecido en el Convenio colectivo sectorial de aplicación nada tiene que ver con el nivel de rendimiento de cada oferta, tal y como se define en las prescripciones técnicas, ni con las características permitidas por la Directiva para evaluar la calidad del personal: cómo se organizan, su cualificación y experiencia.

Los salarios que la empresa adjudicataria satisfaga a sus trabajadores, por encima del convenio colectivo de aplicación, no son un aspecto que defina las prescripciones técnicas, ni es útil a los efectos de hacer una evaluación comparativa de las ofertas para elegir la que presente una mejor relación calidad – precio.

No se comparte la hipótesis de que con mejores salarios se prestarán necesariamente mejores servicios. No se considera, por ejemplo, que la oferta de un licitador que proponga pagar a los trabajadores de su empresa que realicen la prestación una cantidad por encima del mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación, mayor a la que oferte otra empresa licitadora, implique que los trabajadores de la primera empresa prestarán el servicio mejor que los de la segunda, en términos del rendimiento definido en las prescripciones técnicas. Y lo mismo se puede decir de la concesión de más tiempo libre sobre el mínimo establecido, a efectos de conciliación.

Por tanto, el presente criterio de adjudicación no es un criterio admisible conforme a la Directiva 2014/24/UE.

*Si acudimos a lo establecido en la **Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público**, observamos que la misma no establece expresamente como válido un criterio de adjudicación como el cuestionado: un mayor salario sobre el establecido en el convenio colectivo sectorial de aplicación.*

*El **artículo 145.2** de la LCSP permite que los criterios de adjudicación que se establezcan se refieran a las **finalidades** de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, y de mejora de las condiciones laborales y salariales. Pero no dice expresamente que un criterio de adjudicación pueda referirse directamente a estas cuestiones, sino a esas finalidades, y mucho menos que permita hacerlo por encima de los umbrales mínimos establecidos legalmente.*



Por ejemplo, un criterio de adjudicación relativo a «la Memoria sobre la prestación del servicio» que valore en mayor medida las ofertas que introduzcan una mayor tecnificación del servicio, podría servir a la finalidad de la conciliación personal y laboral, en la medida en el trabajo se hará de forma más eficiente, pudiendo redundar en la finalidad de permitir en mayor medida la conciliación personal y laboral.

*Por su parte, el **artículo 145.5** de la LCSP exige que, **en todo caso**, los criterios de adjudicación tienen que estar **vinculados al objeto del contrato**.*

*Como recoge la mencionada Resolución del Recurso 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, estimatoria de un recurso similar al presente, las **Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 220/2017 y 136/2018** afirman que un criterio de valoración consistente en el compromiso de aplicar a los vigilantes de seguridad que presten el servicio objeto de contratación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, **no ofrece una relación directa con el objeto del contrato, y no es una cláusula social de las que la Directiva 2014/24/UE permite incluir como criterio de adjudicación**. Dice la segunda sentencia que este criterio de adjudicación «puede producir discriminación en relación con las empresas que no se rijan por el Convenio Estatal, en detrimento de las ofertas de los participantes que tengan suscrito un convenio de empresa propio», y que «el incremento salarial de los trabajadores en contratos de este tipo en que los costes salariales constituyen la parte esencial del precio **fomentará la realización de ofertas económicamente más elevadas** cuanto mayores sean también los costes salariales y viceversa, traduciéndose esta exigencia en la presentación de **ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente 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, y **sin que el servicio se vea beneficiado**, y con evidente discriminación entre las empresas con mayores o menores posibilidades económicas, aunque todas hayan tenido ya que acreditar la solvencia económica como condición previa».*

Es cierto que estas sentencias tuvieron lugar bajo la vigencia del anterior TRLCSP, pero sus pronunciamientos se consideran parcialmente válidos con la nueva LCSP. Ello es así porque,



aunque el **artículo 145.6** amplía los supuestos en que el criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato, extendiéndolo a cualquiera de sus aspectos, a cualquier etapa de su ciclo de vida y a los factores que intervienen en determinados procesos, a renglón seguido afirma respecto de esos **factores** que intervienen en el proceso de prestación de los servicios (uno de los cuales es el «factor trabajo»), que deben referirse especialmente a «**formas de prestación socialmente sostenibles y justas**».

Pues bien, este Tribunal interpreta que la expresión «socialmente sostenibles y justas» se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son.

Asimismo, el **artículo 1** de la LCSP proclama como uno de los principios que deben informar la contratación del sector público la **estabilidad presupuestaria y el control del gasto**. Así lo afirma también con carácter general nuestra norma suprema, **La Constitución de 1978**, cuyo **artículo 31** establece que el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los **criterios de eficiencia y economía**.

Es evidente, tal y como afirma la mencionada Sentencia del TSJ de Madrid 136/2018, que el criterio de adjudicación recurrido supone un incremento automático del precio del contrato para la Administración, sin una contraprestación que redunde directamente en un mejor rendimiento del servicio tal y como está definido en las prescripciones técnicas, por lo que este criterio vulnera los proclamados principios de eficiencia, economía y control del gasto.

Además, el criterio de adjudicación recurrido parece atentatorio contra la **libertad de empresa**, en el marco de la economía de mercado, que reconoce el **artículo 38 de la Constitución**, suponiendo una injerencia indebida en la relación entre la empresa y sus trabajadores, por referirse a niveles distintos a los que el artículo 145.6 de la LCSP considera referentes especiales de los criterios de adjudicación de carácter social: el nivel socialmente sostenible y justo. Es decir, el nivel legalmente establecido.



En conclusión, procede estimar el recurso interpuesto contra este criterio y anular la cláusula que lo establece en lo atinente al mismo».

Si aplicamos esa doctrina al caso objeto de este recurso, no podemos sino apreciar que el criterio impugnado, tal y como está definido en el PCAP impugnado no cumple el requisito de todo criterio de adjudicación para que pueda serlo ya que solo *pueden establecerse como **critérios de adjudicación** aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una **evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas** (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, **tal como se define en las especificaciones técnicas**. Y no cumple ese requisito porque por sí solas las mejores condiciones salariales no mejoran la calidad de las prestaciones objeto del contrato o su rendimiento o cualidades.*

Por otra parte, el Considerando 98 de la Directiva 2014/24 determina lo siguiente:

“Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate. Además, deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva.”

Del texto de dicho Considerando y de la Jurisprudencia del TJUE sobre ese aspecto relativo a las condiciones salariales, resulta que las condiciones laborales básicas deben mantenerse



en el nivel establecido por la legislación nacional o en los convenios que establezcan una obligación de carácter general, ya que en caso contrario se está infringiendo dicha normativa e incurriendo en discriminación.

De lo anterior resulta que el criterio condiciones salariales mínimas solo es admisible para obligar a que se cumpla ese mínimo siempre que esté establecido como obligatorio por un convenio de general aplicación al sector o en la normativa legal aplicable. Ninguna de esas circunstancias concurre en nuestro caso, por lo que el criterio que consiste en imponer unas condiciones salariales de un convenio sectorial inexistente, pues son las de otro no aplicable, no es admisible per se, pero tampoco lo es en cuanto no admitido por la Directiva citada por discriminatorio, dado que, por ejemplo, favorece a las empresas que por el motivo que sea ya aplican a su personal retribuciones salariales superiores a las determinadas solo por el órgano de contratación en el PCAP, que no tienen carácter obligatorio general, y a su vez, determina un efecto discriminatorio entre ese personal, ya que el criterio va dirigido a favorecer al personal adscrito a la ejecución del contrato que tendrán así mejores retribuciones que sus compañeros de empresa con categorías semejantes.

Por tanto, tampoco es admisible como criterio la imposición de una retribución mínima que no venga impuesta como obligatoria con carácter general por una norma legal o por un convenio obligatorio de general aplicación, por lo que menos aún será admisible el criterio mejoras salariales sobre ese mínimo impuesto por el OC. Pero por lo mismo, tampoco es admisible es criterio de imposición de unos mínimos que no lo son porque admite retribuciones inferiores hasta un cierto porcentaje, pero con imposición de penalizaciones; es decir, el criterio mejoras opera también como “emperramientos” o “minoraciones”.

En fin, ese criterio al implicar inevitablemente una subida de los costes salariales y por tanto del precio del contrato, atenta también contra el principio capital de la selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1.1 LCSP) y de la selección en función de la mejor relación calidad-precio establecida por el art. 145 de la LCSP.

Por tanto, el motivo debe prosperar y estimarse la pretensión de nulidad de este criterio contenido en el Cuadro de criterios de adjudicación del contrato, Apartado A, 2.



Octavo. Invoca la recurrente nulidad de las condiciones especiales de ejecución del contrato en lo que se refiere a la inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado laboral.

Sobre la inclusión de las cláusulas sociales como condiciones de ejecución del contrato, 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, establece en su artículo 70 que:

“Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.”

Atendiendo a la remisión que hace el transcrito precepto, el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, dispone:

“3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”

Sobre las condiciones de ejecución de un contrato, el Considerando 104 de la Directiva 2014/24/UE dispone:

“El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios



para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. Las condiciones de ejecución de un contrato deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Lo anterior incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa.

Las condiciones de ejecución de un contrato deben figurar en el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que se utilice como medio de convocatoria de licitación o la documentación de la contratación.”

Por su parte, el artículo 202 LCPS establece:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso



de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71.



4. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.”

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inclusión de las cláusulas sociales en los contratos públicos, pudiendo señalar por todas la Resolución nº 355/2017, de 21 de abril de 2017, con cita de los informes 3/2009 y 53/2008 de la JCCA:

“Como ya advertíamos en la anterior Resolución nº 210/2016, de 18 de marzo (como avance a la fecha de transposición de la Directiva 2014/24/UE), es desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), relativa a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, de donde emanan las más importantes limitaciones, si bien distinguiendo los mecanismos de cómo se exigen: bien configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para la valoración de las ofertas.

En principio, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios -derogada por la Directiva 2014/24/UE- abordaba la inclusión de cláusulas sociales en distintas fases del procedimiento de contratación. De la posibilidad de introducir criterios sociales como criterios de adjudicación se refería exclusivamente su considerando 46, al expresar que los poderes adjudicadores pueden regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato –propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato. Además, la norma preveía la reserva de contratos a talleres de empleo de personas discapacitadas (artículo 19) y condiciones de ejecución, que pueden referirse, especialmente, a consideraciones de tipo social o medioambiental (artículo 26).

En la referida Resolución de este Tribunal nº 210/2016 ya recordábamos que del análisis jurisprudencial no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Así, en principio, encontramos la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de



1988, Asunto C-31/87, Gebroeders Beentjes dictada en una cuestión prejudicial. La posición, en este caso, del Tribunal de la Unión Europea es tajante, pues niega que puedan incluirse estos criterios como criterios de solvencia o como criterio de adjudicación. El apartado 28 de los fundamentos jurídicos de la referida Sentencia afirma que “Por lo que respecta a la exclusión de un licitador por no estar, a juicio del órgano de contratación, en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, debe señalarse que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva”. Y continúa “La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato”.

Lo cierto es que el propio Tribunal, en esta Sentencia, suscita dudas en relación a si una cláusula de este tipo no puede sino encerrar una discriminación indirecta hacia las empresas no nacionales. Lo argumenta de la siguiente forma: “La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta”.

En tales términos, y dado que la jurisprudencia europea no es pacífica, pues en la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98, en un asunto de la Comisión Europea contra Francia, se admitió el criterio de lucha contra el desempleo como criterio de adjudicación, si bien como criterio accesorio no determinante después de comparar las ofertas, dejando en el halo interpretativo de “criterio accesorio” un concepto huérfano de respaldo normativo.

Respecto al tema de la posibilidad de primar a las mercantiles que contraten a trabajadores desempleados, vemos que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en



adelante, JCCA) abordó dicha materia, por medio de su Informe 3/2009, de 25 de septiembre de 2009.

En este caso, la JCCA resolvía la consulta planteada por el Alcalde de Ayuntamiento de Orihuela, en la que se planteaba si se puede establecer como condición de ejecución del contrato la utilización de un determinado porcentaje de personas desempleadas que se encuentren inscritas en las oficinas de empleo de Orihuela y, de otra, si sería posible establecer un criterio de adjudicación del contrato que consistiese en la valoración del compromiso de emplear en la ejecución del contrato a personas desempleadas inscritas en las mencionadas oficinas de empleo.

Como condición especial de ejecución del contrato o como criterio de adjudicación, el Informe 3/2009 trae a colación otro anterior el nº 53/2008, en el que la JCCA mantuvo la opinión de que la inclusión en los PCAP de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible en Derecho. Literalmente, su consideración tercera argumenta que "(...) el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución de contrato, pero no mediante el establecimiento de un criterio de adjudicación que valorase el porcentaje de mano de obra desempleada que se contratara para la ejecución del contrato, pues evidentemente este criterio no tendría relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público1".

Así, pues, la JCCA concluía que el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución del contrato, pero no mediante la previsión de criterios de adjudicación que valoren el porcentaje de mano de obra desempleada que se contrata para la ejecución del contrato, ya que este criterio no tendría la relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el actual artículo 150 del TRLCSP.

En este informe, la JCCA se hace eco de la aparente contradicción entre este criterio y lo señalado en el Real Decreto 9/2008 y en el Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean el Fondo Estatal de Inversión Local y el Fondo Especial del Estado para



la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, ya que éste exigía la inclusión en los pliegos de criterios que valoren la creación de empleo. No obstante, la Junta reconduce dicha previsión legal en que su aplicación se ha de limitar a los contratos financiados con cargo al fondo local creado dicha norma, que podría considerarse que deroga con carácter temporal, en lo que respecta a esta materia, la mencionada disposición, pero no para el resto de contratos que, tras la duración de dicho Fondo y con el nuevo TRLCSP, se deben licitar.

Al abrigo de esta línea jurisprudencial, al amparo de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y del efecto directo de algunos de los preceptos de la Directiva 2014/24/UE hemos de revisar la legalidad del criterio subjetivo “calidad en el empleo” introducido en la cláusula 13ª del PCAP.

La introducción de estos criterios sociales son loables en la etapa de crisis que atravesamos, si bien su admisión queda condicionada a dos parámetros: el primero, han de guardar relación directa con el objeto del contrato (artículo 150.1 del TRLCSP) y el segundo, no resultar discriminatorias, como por ejemplo cuando además introducen criterios de arraigo territorial (v.gr. Resolución nº 130/20152 de este Tribunal que declaró la nulidad del criterio social porque precisaba que las personas desempleadas fueran demandantes de empleo en oficinas concretas circunscritas a una Comunidad Autónoma). (...)

Asimismo, procede también traer a colación lo dispuesto en el Informe 6/2009, de 15 de abril de la JCCA de Aragón, cuando al referirse a la integración de aspectos sociales en los contratos públicos con carácter general establece:

“Es un lugar común que la integración de aspectos sociales en los contratos públicos deriva directamente de los artículos 1.1 y 40 de la Constitución española, que proclaman el Estado social y democrático de Derecho y prescriben la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica, destacando que «de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». En este sentido la contratación administrativa, a través de la inclusión de cláusulas sociales, sirve de instrumento para llevar a cabo diferentes políticas públicas, entre las que destaca el pleno empleo. Por su parte el artículo 2 del Tratado de la



Unión Europea establece entre sus fines la promoción de «un alto nivel de empleo y de protección social».

La Directiva 2004/18/CE se refiere a las condiciones de ejecución del contrato en su considerando trigésimo tercero:

«Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones – aplicables a la ejecución del contrato– de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional».

De otra parte, el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, establece que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

También es relevante en esta materia la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM (2001)566 final], de 15 de octubre de 2001, destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales en este tipo de contratos.

La Comunicación afirma que una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o «condiciones de ejecución del contrato», siempre que ésta se ajuste al Derecho comunitario y, en particular, que no tenga un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros. Los



poderes adjudicadores cuentan, según la Comunicación, con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social. A modo de ejemplo, éstas son algunas de las condiciones particulares adicionales que, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, podrían imponer al titular del contrato, atendiendo a objetivos de carácter social:

«- la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;

- la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica;

- la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;

- a obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo».

La LCSP, en su Exposición de Motivos, advierte de la incorporación en sus propios términos y sin reservas de las directrices de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas.”

De cuanto se ha expuesto, podemos concluir que la condición especial de ejecución consistente en la contratación para la ejecución de la prestación objeto del contrato de trabajadores con dificultades de inserción en el mercado laboral es admisible con arreglo a la Directiva 2014/24 y la LCSP, siempre que dicha condición esté vinculada al objeto del contrato, que no sea directa o indirectamente discriminatoria y se indique en el anuncio de licitación y en los pliegos.



Procede, a continuación, comprobar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para determinar la legalidad de la referida cláusula y, para ello debemos acudir a los términos literales en los que aparece redactada.

“1. La empresa adjudicataria debe adscribir y contratar para la ejecución del contrato al menos un 10% de personas con dificultades de acceso al mercado laboral.

2. Complementaria o subsidiariamente el adjudicatario puede acreditar su cumplimiento mediante el compromiso de subcontratación con una empresa de inserción, un centro especial de empleo o una entidad cuya finalidad sea la promoción del empleo protegido, por idéntico porcentaje respecto del precio de adjudicación del contrato.

3. Si existe el deber de subrogar el personal u otras circunstancias que al iniciarse la ejecución del contrato impiden cumplir el porcentaje señalado, la empresa debe comprometerse a contratar este perfil de personas en todas las nuevas contrataciones bajas y sustituciones que necesite o se produzcan hasta conseguir este porcentaje.

4. Se entiende por personas con dificultades de acceso al mercado laboral las siguientes:

- Personas con los perfiles señalados en la Ley 44/2007 de 13 de diciembre, para la regulación de empresas de inserción

- Personas inscritas en los programas de inserción laboral del Ayuntamiento de Palma, u otros semejantes

- Personas con dificultades de acceso al mercado laboral de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de empleo y la Estrategia española de activación para el empleo.”

Pues bien la condición especial de ejecución analizada, cumple con el requisito de estar vinculada al objeto del contrato teniendo en cuenta lo dispuesto en los considerandos de la Directiva 2014/24 y en la “*Guía para considerar los aspectos sociales en las contrataciones públicas*” elaborada por la Comisión Europea en 2010, donde se especifica que el requisito de la vinculación al objeto del contrato se cumple en las condiciones especiales de ejecución



cuando éstas se efectúan o realizan en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, no en otra, que es lo que ocurre en el supuesto analizado.

El segundo requisito legalmente exigible para determinar la legalidad de la condición especial de ejecución analizada es que no sea directa o indirectamente discriminatoria.

Pues bien, la dicción de dicha cláusula, al definir qué se entiende por personas con dificultades de acceso al mercado laboral, no genera efecto discriminatorio alguno ya que no se queda limitado a las personas inscritas en los programas de inserción laboral del Ayuntamiento de Palma, como señala la recurrente, de forma que no es posible entender que se produce una preferencia en la contratación a favor de determinados trabajadores con fundamento en su lugar de residencia.

Lo que sí ocurre en este caso, como alega la recurrente, es que el PCAP establece como definición de persona con dificultades de acceso al mercado laboral “**personas inscritas en los programas de inserción laboral del Ayuntamiento de Palma, u otros semejantes**”, lo que conlleva cierta imprecisión en cuanto a la determinación de las características del programa de inserción laboral del Ayuntamiento de Palma que así impide o dificulta determinar cuáles otros serían semejantes, lo que exige, para evitar discriminaciones o desigualdades, la concreción de ese aspecto de la condición especial de ejecución en el PCAP, por lo que este aspecto del motivo debe estimarse.

Noveno. Por lo que se refiere a la nulidad de la condición especial de ejecución relativa a criterios lingüísticos, debemos transcribir los términos de la indicada cláusula y que establece:

“1. La empresa contratista debe entregar toda la documentación técnica requerida para el cumplimiento del contrato y los trabajos que sean objeto de este al menos en lengua catalana.

2. Asimismo, la empresa contratista y, si procede, las empresas subcontratistas tienen que utilizar el catalán en los rótulos, las publicaciones, los avisos y otras comunicaciones de carácter general que se deriven de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Si el Ayuntamiento lo considera oportuno aplicando las previsiones del Reglamento municipal de normalización lingüística, hay que añadir el castellano u otras lenguas. A tal efecto debe enviar



los textos que hayan de utilizarse para la dirección técnica del servicio les dé su conformidad en cuanto a su contenido y uso de una o varias lenguas.

3. En la prestación de servicios, la ejecución de obras o la puesta a disposición de suministros, la empresa debe utilizar al menos el catalán en las actuaciones y la documentación dirigidas a terceras personas, la rotulación, las comunicaciones por megafonía, las instrucciones y manuales de uso, el etiquetado y el embalaje de los productos o servicios que producen u ofrecen, y las comunicaciones y las notificaciones dirigidas a personas físicas o jurídicas residentes en el ámbito lingüístico catalán, incluyendo las facturas y otros documentos de tráfico, según las determinaciones del pliego de prescripciones técnicas particulares.

4. La empresa contratista asume la obligación de que el personal que tenga que relacionarse con el público tenga un conocimiento suficiente de catalán para llevar a cabo en esta lengua las tareas de atención, información y comunicación, y garantizar así el derecho de los usuarios a ser atendidos en esta lengua.”

Pues bien, como hemos visto en el fundamento anterior, la LCSP al regular las condiciones especiales de ejecución, habilita a establecer obligaciones de ejecución siempre que están vinculadas al objeto del contrato y no resulten discriminatorias al señalar el artículo 202.1 LCSP:

Sobre las condiciones especiales de ejecución este Tribunal se ha pronunciado entre otras, en la Resolución nº 1071/2018, de 23 de noviembre de 2018, Recursos acumulados nº 654 y 658/2018, en la que dijimos:

*“**Duodécimo. A)** El último de los motivos de impugnación del Pliego que se aduce en el Recurso 658/2018 se refiere a las **condiciones especiales de ejecución** del contrato que se contienen en las cláusulas 39 y 40 (cfr.: antecedente de hecho decimocuarto), a las que reprocha ser excesivamente genéricas, no responder en algún caso a la naturaleza de las condiciones especiales de ejecución y no ser exigibles a las empresas transportistas.*

(...)



-El artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE y el 202 de la LCSP, efectivamente, permiten a los órganos de contratación (ambos textos legales emplean el verbo “podrán”) establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos, pudiendo referirse, en especial, a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Pues bien, una cosa son estas condiciones especiales de ejecución y otras muy distintas, en primer lugar, el conjunto de obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social de preceptiva observancia aplicables en cada caso con motivo de la ejecución de las prestaciones del contrato, y en segundo lugar, las obligaciones distintas de la principal que se hayan establecido, previsto y delimitado debidamente en el Pliego de Cláusula Administrativas Particulares (PCAP).

*Respecto de las primeras, es decir, el **conjunto de obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social de preceptiva observancia**, ha de afirmarse, en primer lugar, que no son condiciones especiales de ejecución porque, a diferencia de éstas, son obligaciones legales, lo que significa que se aplica y exigen per se, por imperativo legal, y están ya establecidas, por lo que no hay que establecerlas en lugar ni momento alguno. En segundo lugar, las condiciones especiales se pueden establecer para atender diversas finalidades como son (art. 202) promover, eliminar, favorecer, garantizar, etc. esas finalidades que enumera la Ley, a diferencia de las obligaciones legales, que pueden obedecer a finalidades muy diversas. En tercer lugar, las condiciones especiales se vinculan a la ejecución del objeto del contrato, que es la ejecución de la prestación debida o conducta a que se obliga el contratista, y se ciñen a esa ejecución de la prestación o a los factores que intervienen en ella, mientras que las obligaciones legales sectoriales (medioambiente, social, laboral) son de general aplicación a la actividad de la empresa y en concreto, de la contratista. En cuarto lugar, el órgano de contratación debe adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones legales y para comprobar su cumplimiento (artº 201 LCSP) mientras que, por el contrario, las condiciones especiales de ejecución tienen fines de promoción, impulso, favorecimiento, evitación, etc. y carácter potestativo, siempre vinculadas a procurar la satisfacción de dichos fines en la ejecución de la prestación debida por el contratista, por lo que su establecimiento y configuración es, en principio, facultativa.*



*Por otra parte, las condiciones especiales de ejecución son distintas de las **obligaciones diferentes de la principal que se hayan establecido, previsto y delimitado debidamente en el Pliego de Cláusula Administrativas Particulares (PCAP)**. Ello es así, en primer lugar, porque aquéllas se refieren a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social en la ejecución de la prestación contratada, que es la obligación principal del contratista, mientras que estas obligaciones diferentes son aquéllas establecidas sin carácter principal en el PCAP y distintas de la misma, pero sí son obligaciones contractuales. Por ello, y en segundo lugar, su objeto son prestaciones exigibles ex contractu, son prestaciones debidas, mientras que las condiciones especiales son circunstancias accesorias a la ejecución de la prestación principal o de las complementarias y demás previstas en el PCAP. Y en tercer lugar, mientras que las obligaciones principales han de preverse necesariamente en el PCAP como obligaciones de la contratista frente al órgano de contratación, las condiciones especiales de ejecución pueden o no establecerse, pero si se establecen, es solo elemento circunstancial de la prestación principal debida (la voluntariedad de la condición especial deriva de los preceptos citados de la Directiva 2014/24 y LCSP, lo que es distinto del hecho de que la LCSP imponga que en cada contrato se introduzca al menos una condición especial, lo que implica que es obligatorio establecer una, pero la que se establezca es de configuración voluntaria, no obligatoria determinada por Ley o por pacto contractual). En fin, en cuarto lugar, mientras que la obligación diferente a la principal se puede configurar como esencial a efectos de convertir su incumplimiento en causa de resolución del contrato, para ello es preciso que previamente se concrete y determine con precisión dicha obligación y se prevea como tal obligación diferente de la principal en el PCAP, pues en caso contrario no existiría ni como obligación diferente de la principal ni por ello, podría calificarse como obligación esencial; por el contrario las condiciones especiales de ejecución, pueden establecerse como tales pero solo pueden calificarse como obligaciones esenciales si se delimitan y configuran debidamente, no de forma meramente genérica”.*

Pues bien, las condiciones especiales de ejecución, con arreglo a los antecedentes de la Directiva 2014/24 y a ésta, y se ciñen en dicha Directiva a los ámbitos de la innovación, social y medioambiental.

En ese sentido, se manifiesta la Comisión Europea en su COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL



EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, denominada “Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento», de 13 de abril de 2011. En su apartado 2.12. Contratos públicos, dice:

“Medida clave:

Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos para llegar a una política equilibrada que preste su apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores. La revisión, además, deberá ofrecer a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y habrá de garantizar un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME¹.”

Por su parte, la Directiva 2014/24, en su Considerando 95, en relación a los objetivos de crecimiento sostenible, dice:

“(95) Es de capital importancia aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la contratación pública para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020. En este contexto, es preciso recordar que la contratación pública es crucial para impulsar la innovación, que, a su vez, es de gran importancia para el crecimiento futuro en Europa. Sin embargo, ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio”.

Por su parte, el artículo 70 de esa Directiva determina:

“Condiciones de ejecución del contrato

Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación.

¹ Véanse, asimismo, las iniciativas emblemáticas «Unión por la innovación» [COM(2010) 546] y «Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614].



Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo”

Como podemos observar, en los textos reproducidos solo se alude y se permite establecer condiciones especiales de ejecución consistentes en consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, o de tipo medioambiental, social o relativas al empleo. Es decir, la economía sostenible.

Pues bien, el texto de la norma nacional, el artículo 202 de la LCSP, incluye como condiciones especiales de ejecución las consideraciones sociales, medioambientales y de innovación, y además incluye la posibilidad de conversión de esas condiciones obligaciones contractuales esenciales distintas de la principal en condiciones especiales al efecto de permitir la resolución del contrato por su incumplimiento dándoles el mismo tratamiento que a la principal, y permitir la imposición de penalidades en caso de su incumplimiento, lo que implica que, éstas últimas, es decir,. Las obligaciones contractuales transformadas en esenciales a los efectos de posibilitar la resolución del contrato, y aquellas otras se equiparán. Por tanto, las condiciones especiales de ejecución son, o bien de tipo económico, social, medioambiental o de innovación, o de tipo contractual como obligaciones contractuales distintas de la principal convertidas en esenciales a los efectos de posibilitar la resolución del contrato en caso de su incumplimiento.

Pues bien, distintos de esas condiciones especiales de ejecución son las obligaciones y los requisitos legales de general aplicación y obligatorios o preceptivos impuestos por la normativa legal correspondiente, que, siempre se han de cumplir, pero no por ello pasan a ser condiciones especiales de ejecución. Por lo mismo, y además, al no referirse a las materias o ámbitos indicados (económicos, social, medioambiental o de innovación), no son ni pueden establecerse en el contrato como condiciones especiales de ejecución requisitos o consideraciones relativos a ámbitos distintos o normas regulatorias de otras materias ajenas a aquellos ámbitos.

El artículo 202 determina o siguiente:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del



artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.”.

Pues bien, ese texto legal ha de interpretarse de forma armónica con la Directiva 2014/24, de forma que, aunque aparentemente parezca apartarse de ella, ha de interpretarse de forma que no la infrinja, si ello es posible.

El apartado segundo del mismo artículo 202 dispone que *“Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social”*, añadiendo, a continuación, una larga enumeración de posibles condiciones de ejecución de tipo medioambiental, de tipo social o relativas al empleo, sin que ninguna de ellas haga referencia ni siquiera remota, a condiciones ajenas a los ámbitos materiales que menciona y, menos aún, de carácter lingüístico o relacionadas con las lenguas a utilizar en la ejecución de contrato. Tampoco la Directiva 24/2014 traspuesta por la Ley 9/2017, contiene referencia alguna a este tipo de condiciones lingüísticas, limitándose en su art. 70 a permitir que los poderes adjudicadores puedan imponer condiciones especiales de ejecución que *“podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social o relativas al empleo”*, sin que tampoco, al regular los criterios de adjudicación, se incluya referencia alguna a cuestiones lingüísticas al referirse a los aspectos cualitativos que pueden tenerse en cuenta para la selección de los criterios de adjudicación.

Es cierto que la enumeración de posibles condiciones de ejecución, como también la de criterios de adjudicación cualitativos, es genérica y meramente enunciativa, pudiendo imponerse también otras condiciones o criterios “sociales” similares que cumplan los requisitos generales establecidos para ello. Sin embargo, el hecho de que el marco general establecido se refiera siempre a *“las consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social o relativas al empleo”*, nos lleva a la conclusión de que ni la normativa europea ni la nacional contemplan ni, por tanto, permiten, dentro de la contratación pública, la imposición de condiciones especiales de ejecución relativas a materias o ámbito distintos a los citados en la Directiva citada, artículo 70, ni a la utilización de una u otra lengua, sin perjuicio, claro es, de que el adjudicatario del contrato este obligado en su ejecución a respetar y cumplir la normativa lingüística vigente en la



Comunidad Autónoma de que se trate, en este caso la Ley de normalización lingüística de las Islas Baleares y demás normativa legal y reglamentaria de aplicación en dicha materia.

Por tanto, el motivo debe prosperar.

Décimo. Por último, la parte recurrente invoca como causa de nulidad la falta de determinación de los datos correspondientes a la clasificación que podría presentar el licitador.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta, y así se ha constatado por este Tribunal, que en el PCAP se indica el código CPV en el cuadro de características del contrato, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 77.1.b) LCSP que se denuncia como vulnerado.

Sin embargo, no basta con que el órgano de contratación informe sobre el CPV correspondiente al contrato, siendo obligatorio, con arreglo a lo dispuesto por el citado artículo 77.1 b) así como por el artículo 116.4 b) de la LCSP, que se indiquen en los pliegos los requisitos de solvencia técnica o profesional “*tanto en los términos establecidos en los arts. 87 y 90 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación*” lo que obliga a la estimación del recurso en lo que respecta a este motivo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto D. A.N.N., en representación de ESPAIS NETS MALLORCA S.L.U. frente a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato del “*Servicio de salvamento, vigilancia, socorrismo, seguridad y atención personalizada al baño asistido en las playas de Palma*” licitado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, anulando la cláusula relativa al criterio de adjudicación de mejora de las retribuciones de los trabajadores, la condición especial de ejecución relativa la Inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado laboral solo en la parte referida a las personas inscritas en el programas de inserción



laboral de Palma, u otros semejantes, así como la condición especial de ejecución de condiciones lingüísticas y la referente a la clasificación de los licitadores, todo ello en los términos explicitados en los fundamentos precedentes. Y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación del PCAP.

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.

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 Illes Balears, 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.

Voto particular que formula el vocal Eugenio Albero Cifuentes, en relación con la Resolución del recurso 454/2019.

A excepción de lo que luego se dirá, el vocal que suscribe está de acuerdo con todos los pronunciamientos y fundamentos de la presente resolución, que se adoptan, por tanto, por unanimidad de sus miembros.

Se discrepa únicamente de la interpretación que hace la mayoría del Tribunal del artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE, y del artículo 202 de la LCSP, en el sentido de que las condiciones



especiales de ejecución sólo puedan referirse a *“consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo”*.

El artículo 202.1 de la LCSP establece, en los mismos términos que la Directiva 2014/24/UE, que: *“Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos”*.

A continuación, en el apartado 2, se indica que: *“Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social”*.

Pues bien, en opinión de este vocal el hecho de que el artículo 202 de la LCSP permita que se puedan establecer condiciones especiales de ejecución en esos concretos y especiales ámbitos (consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, sociales o medioambientales), no excluye que también se puedan establecer referidas a otros ámbitos, siempre que respeten las exigencias generales que exige la LCSP: que se refieran a la ejecución del contrato, que estén vinculadas a su objeto, que no sean discriminatorias, que sean compatibles con el derecho comunitario, y que se indiquen en el anuncio y en los pliegos.

Por ello, se considera admisible establecer condiciones especiales de ejecución relativas a la lengua en la que se ejecutará el servicio de vigilancia y socorrismo en las playas, en la medida en que se refiere a un aspecto de la ejecución del presente contrato.

No obstante, por no referirse a la ejecución de la prestación propiamente dicha, sino a los documentos necesarios para exigir el pago a la Administración por los servicios prestados, no se considera que la lengua de redacción de las facturas sea admisible como condición especial de ejecución.

En relación con el resto de condiciones especiales de ejecución relativas a la lengua a utilizar, debemos partir de lo que establece el artículo 3 de la Constitución Española de 1978:



“El castellano es la lengua oficial española del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.

Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos”.

La Ley Orgánica 1/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía de Illes Balears, dispone en su artículo 4:

“Artículo 4. La lengua propia.

1. La lengua catalana, propia de las Illes Balears, tendrá, junto con la castellana, el carácter de idioma oficial.

2. Todos tienen el derecho de conocerla y utilizarla, y nadie podrá ser discriminado por razón del idioma.

3. Las instituciones de las Illes Balears garantizarán el uso normal y oficial de los dos idiomas, tomarán las medidas necesarias para asegurar su conocimiento y crearán las condiciones que permitan llegar a la igualdad plena de las dos lenguas en cuanto a los derechos de los ciudadanos de las Illes Balears”

Las condiciones especiales de ejecución establecidas en el PCAP exigen que la lengua utilizada en distintos aspectos relativos a la ejecución del contrato sea, al menos, la catalana. No se pronuncian sobre la utilización de la lengua castellana, salvo en el apartado 2, en materia de *rótulos, publicaciones, avisos y otras comunicaciones*, para equipararla a cualquier otra lengua.

Por ello, se considera que la redacción de los pliegos en cuanto a estas condiciones especiales de ejecución relativas a la lengua, es discriminatoria respecto de la lengua castellana, como alega la empresa recurrente, infringiendo el artículo 4 del Estatuto de Autonomía, que prohíbe la discriminación por razón del idioma, y que exige a las Instituciones de las Islas Baleares crear las condiciones que permitan llegar a la igualdad plena de las dos



lenguas en cuanto a los derechos de los ciudadanos. La regulación que hace el PCAP infringe esta igualdad plena entre las dos lenguas.

Por ello, aunque por razones distintas a las esgrimidas por la mayoría de miembros del Tribunal, también se considera que el recurso debe ser estimado en este motivo.

En Madrid, a 1 de agosto de 2019