



Recurso nº 1131/2021 C. Valenciana 247/2021

Resolución nº 1367/2021

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 14 de octubre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.B.R. en nombre de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (AEESDAP), contra los pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares y de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la *“prestación del servicio de actividades y escuelas deportivas; servicios de salvamento y socorrismo; y recepcionistas, mediante tramitación anticipada”*, Expte. nº 21397/2021, promovida por el Ayuntamiento de Torreveja, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 25 de junio de 2021, se aprueba el inicio del expediente de contratación del servicio de actividades y escuelas deportivas; servicios de salvamento y socorristas; y recepcionistas, mediante tramitación anticipada del gasto y procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada por parte de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Torreveja.

Segundo. En fecha 28 de junio de 2021, se publica en la Plataforma de licitación del Sector Público los pliegos que han de regir la contratación. Asimismo, en fecha 30 de junio de 2021 se publican en el DOUE.



Tercero. En fecha 19 de julio de 2021, se interpone recurso contra los pliegos ante este Tribunal.

Cuarto. En fecha 5 de agosto de 2021, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, resuelve la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 y en el Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 2/6/2021).

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a LCSP

«a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros».

Se impugnan los pliegos, recurribles conforme el artículo 44.2.a)

«a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación».

Tercero. En cuanto a la legitimación, señala el artículo 48 de la LCSP que las organizaciones empresariales ostentan legitimación para el presente recurso. Analizados los estatutos aportados por la asociación recurrente en los que, según su artículo 5.4, se le reconoce a dicha asociación la de representar a sus asociados en defensa de sus intereses ante las Administraciones Públicas y en la medida que los motivos de



impugnación pueden afectar a las empresas asociadas, debe reconocerse por ello legitimación a la Asociación de empresarios recurrente.

Cuarto. En cuanto al plazo señala la LCSP en su artículo 50, en relación al cómputo del plazo de los recursos contra los pliegos:

«b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho».

Consta en el expediente administrativo que la publicación de los pliegos en el PLACE se realiza en fecha 28 de junio de 2021. Al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada se publica también el DOUE en fecha 30 de junio de 2021. El recurso se presenta en registro el día 19 de julio, por lo que se ha cumplido también con el plazo de 15 días.



Quinto. Dos son las cláusulas del pliego que se impugnan en este recurso, referidas a criterios de valoración y a condiciones esenciales de ejecución, tal y como ahora transcribimos:

«8.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

De conformidad con el pliego de prescripciones técnicas y ficha técnica de fecha 28 de mayo de 2021, los criterios que determinan la adjudicación del contrato serán los siguientes:

8.1.-Criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas o de manera automática (51 puntos).

1. Precio: se otorgará 30 puntos a la oferta más baja de las presentadas (I.V.A. excluido), y al resto, conforme a la siguiente fórmula:

a. $P=30X(OM/OF)$, siendo:

i. $P=$ puntuación obtenida.

ii. $OF=$ oferta del licitador.

iii. $OM=$ Oferta más baja.

2. Disposición de un Plan de Igualdad de género registrado ante la autoridad (1 punto).

3. Por disposición de titulación universitaria de los monitores asignados al servicio, a razón de 1 punto por cada título universitario presentado relacionado con la actividad a desarrollar. Hasta un máximo de 10 puntos.

4. Aportación de material deportivo como mejora con cargo a la empresa adjudicataria a razón de 1 punto por cada 2.000 € de inversión (hasta un máximo de 5 puntos). Se requerirá justificación mediante factura.



5. Compromiso de contratación como indefinidos a los integrantes de la plantilla destinada al servicio, hasta un máximo de 5 puntos a razón de:

-Del 1% al 20% de la plantilla, 1 punto.

-Del 21% al 40% de la plantilla, 2 puntos.

-Del 41% al 60% de la plantilla, 3 puntos.

-Del 61% al 80% de la plantilla, 4 puntos.

-Más del 80%, 5 puntos».

Pues bien, el recurrente tan solo señala la número 2 y la número 3 que hemos subrayado, si bien tan solo formula alegaciones respecto del criterio referido a la disposición de planes de igualdad por lo que desde este momento estimamos correcto y no impugnado el referido a las titulaciones universitarias, que por otra parte cabalmente puede colegirse que el hecho de estar en posesión de dichos títulos implicará unos mayores y mejores conocimientos en la materia, implicando una mejor formación del personal y que ha de redundar en un mejor servicio que estos pueden prestar.

Pasando al análisis de los planes de igualdad, el órgano de contratación señala que de conformidad con la legislación vigente todas las empresas de entre 50 y 100 trabajadores deberán tener este plan durante el año 2022, año en el que se desarrollará el contrato por lo que, a su juicio, se le exige algo o mejor dicho se puntúa algo que en puridad ya se exige en la legislación vigente. Señala que el personal para prestar este servicio es de alrededor de 80 personas por lo que dichas empresas quedan incluidas. Ahora bien, no repara en que el Pliego no limita la posibilidad de que se subcontrate o que se contrate con posterioridad más personal, asimismo el hecho de que sea exigible en la siguiente anualidad tampoco arroja luz acerca de la legalidad o no de ese criterio de valoración por lo que debe pasarse al análisis del mismo.



Y asiste razón al recurrente al señalar que dicho plan no debe integrar el criterio de adjudicación, doctrina de este Tribunal recogida por todas en la Resolución nº 427/2021 16 de abril de 2021:

«En relación con los criterios de adjudicación, señalamos en nuestra Resolución de 30 de abril de 2019, con cita de la Resolución núm. 972/2018, de 26 de octubre, que: “El apartado 5 de dicho artículo 45 de la L.O. 3/2007 establece que la elaboración y aplicación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas. Por tanto, conforme a nuestra normativa nacional los planes de igualdad son obligatorios para unas empresas, y para otras no. Puntuar en un criterio de adjudicación la elaboración de un plan, a las empresas que están obligadas a tenerlo según la Ley, no se considera adecuado, y sería discriminatorio, como hemos dicho, respecto de aquellas empresas que no están obligadas a su elaboración y aplicación (artículo 1 de la LCSP).” De la misma manera, no puede configurarse como condición especial de ejecución disponer un Plan de Igualdad, en tanto sería obligatorio para algunos licitadores y voluntario para otros».

Reiteramos que no empaña tal conclusión de estimar el motivo el hecho de que, durante 2022, se haga obligatorio dicho plan para ciertas empresas: i) ya que las condiciones de las mismas habrán de ser analizadas en el momento en que se presenta la oferta ii) en ningún lugar del pliego se exige un número mínimo de trabajadores de las empresas (sin perjuicio de las exigencias en cuanto a los trabajadores necesarios) pudiendo subcontratar parte de prestación.

El motivo debe ser estimado.

Sexto. El segundo motivo del recurso se refiere al establecimiento de la siguiente condición especial de ejecución, señalada en el PPT (erróneamente, se dice en el recurso en las cláusulas 8.5 a 8.15) de la manera siguiente:

«5.3.- El desglose de los costes de los salarios de las personas empleadas por desagregación de género y categoría profesional sería el siguiente:

(se recoge la tabla con el BRUTO HORA RESERVA SALARIAL)



No hay diferencia en el salario a percibir en función del género del monitor/a.

La reserva salarial se calcula en base a la media del salario que actualmente perciben los monitores que se encuentran prestando el servicio.

10.11.- Requisitos de formación:

(...)

d.- El personal adscrito al presente contrato se regirá por el Convenio Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, estableciéndose una reserva salarial mínima conforme lo descrito en el apartado 20 del presente pliego.

10.14.- Los puestos descritos en este punto, están sujetos a reserva para la remuneración salarial bruta.

Con el fin de dar cumplimiento a esta condición especial de ejecución, en la fase de ejecución del Servicio, el adjudicatario deberá presentar a la dirección o direcciones de correo electrónico que habilite el Ayuntamiento de Torrevieja, la siguiente documentación:

☐ *Trimestralmente, los documentos de cotización a la Seguridad Social (TC1 y TC2).*

La presente condición especial de ejecución es obligación esencial del contrato, a los efectos previstos en el artículo 211 f) de LCSP, calificando su incumplimiento como causa de resolución.

20.- Reserva salarial

Se establece la siguiente reserva salarial mínima descrita a continuación:

20.1 - Coste Coordinador 140 horas/mes. – 12 meses

Coste Coordinador General 140 horas/mes - 12 meses



Salario bruto mínimo Coordinador General 140 horas/mes - 12 meses 17.640,00 €

Precio hora 10,25 €

Nº horas anuales 1680

Coste/hora seguridad social (33,5 %) 3,43 €

Coste/hora total salario trabajador 13,68 €

Gastos generales del servicio (7,5 %) 1,03 €

Coste absentismo (sustituciones y vacaciones, IT) 8 % 1,09 €

Total coste directo hora trabajada coordinación del servicio 15,80 €

Coste Servicio

Coste por hora trabajada 15,80 €

Gastos materiales 9 % 1,42 €

Total costes 17,23 €

Beneficio Industrial 6 % 1,03 €

Precio máximo 18,26 €»

Continuando con esta reserva salarial y este desglose para cada uno de los distintos perfiles profesionales que se requieren.

Se recoge, asimismo, la cláusula relativa a la reserva contenida en la ficha técnica si bien ésta no tiene el carácter de documentación contractual susceptible de recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44. 2 a) de la LCSP.



Comenzaremos diciendo que el recurrente impugna que en los pliegos se está señalando una condición esencial de ejecución que es la reserva salarial, que implica, además, que se establezcan unos costes de personal mayores a los recogidos en el convenio del ramo. Prueba de ello, recoge una respuesta dada por el órgano de contratación que señalaba esta cuestión como una «mejora» si bien es cierto que la misma no se encuentra en el expediente administrativo remitido.

Por otra parte, el órgano de contratación señala que los cálculos económicos y las retribuciones señaladas se han realizado conforme al IV convenio colectivo, con la actualización relativa al año 2019 y las oportunas correcciones derivadas de las respectivas aplicaciones de la subida del salario mínimo interprofesional para el ejercicio de 2020 y que, por lo tanto, no superan los mínimos por cada categoría laboral fijados en dicho convenio. Y debe prevalecer esta afirmación porque, a juicio de este Tribunal, los razonamientos expresados por el órgano de contratación en el informe sobre el recurso en relación con los cálculos de las retribuciones de los trabajadores que han de prestar el servicio, consignados en el PPT, en el PCAP y en la ficha técnica correspondiente, son razonables y están debidamente justificados. Así lo expuso el órgano de contratación en su informe técnico de 26 de julio de 2021:

«El citado Convenio es de aplicación a todo el territorio del Estado español y, también se aplicará, de acuerdo con las reglas específicas que en él se establecen, a los trabajadores contratados en España y al servicio de empresas españolas en el extranjero.

Cabe destacar que en el Consejo de Ministros se estableció un salario mínimo interprofesional de 13.300 euros anuales a partir del 1 de enero de 2020. Así mismo, el convenio de aplicación en su artículo 26, fija que la jornada en cómputo anual será de 1.752 horas de jornada efectiva. Por ello, el precio por hora base de referencia queda determinado en 7,59 euros por hora.

Además, en el mismo, se refleja en su artículo 37 lo siguiente:

“Los trabajadores a los que les sea de aplicación este convenio percibirán, en concepto de complemento plus transporte por cada día efectivamente trabajado, la cantidad de 2,58 euros para el año 2018 establecida en el anexo 1 del presente Convenio”.



Resulta pertinente destacar que en la actualización de 2019 (última vigente) de las tablas salariales del referido convenio dicha cantidad asciende a 2,63 euros por cada día efectivamente trabajado.

Una vez fijado el marco que establece el convenio de aplicación, corresponde ahondar en los cálculos económicos efectuados por quien suscribe al objeto de determinar los costes salariales del servicio denominado “PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACTIVIDADES Y ESCUELAS DEPORTIVAS; SERVICIOS DE SALVAMENTO Y SOCORRISTAS; Y RECEPCIONISTAS”.

Tal y como se recoge en el punto 5.3 del pliego de prescripciones técnicas, se estima la realización de un total de 42.054 horas anuales de prestación efectiva del servicio. Dadas las características particulares que recoge el convenio de aplicación, resulta recomendable reflejar en los cálculos económicos el impacto que puede tener la obligación de abono del citado “plus de transporte” para lo que se realizó una estimación del total de las jornadas de trabajo a ejecutar durante la prestación del servicio con carácter anual resultando la misma en 18.550 jornadas de trabajo por año.

Llegados a este punto, resulta conveniente exponer algunas situaciones que a la vista de la exposición realizada por la “Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas” no han sido tenidas en cuenta por su parte. En la tabla que incorporan a su documento lo hacen sobre el supuesto de que todas las jornadas de trabajo tienen una duración de 8 horas, cuando la realidad de la prestación del servicio es muy diferente. Gran parte de los mismos se desarrollan con jornadas de trabajo únicamente de 1 hora de duración o de 1,5 horas de duración que es la cantidad de tiempo estipulada para las sesiones de actividades dirigidas o entrenamientos grupales de equipos deportivos. En el caso de una sesión de actividad dirigida de 1 hora de duración, el trabajador percibirá 7,59 euros de base + 2,63 euros de plus de transporte (10,22 euros/bruto) como cantidad bruta, en ningún caso 7,59 euros de base + 0,33 euros de plus de transporte (7,92 euros bruto) como se establece en la citada tabla. En este supuesto, según sus cálculos, el trabajador recibiría una remuneración 2,30 euros inferior a lo que le correspondería.



La consecuencia directa de esta realidad es que cada 2,27 horas de servicio (resultado de dividir 42.054 horas/anuales de prestación efectiva del servicio entre 18.550 jornadas de trabajo/año) correspondería el abono de un plus de transporte. Por lo que se establece que por cada hora de trabajo cabría abonar 1,16 euros en concepto de plus de transporte. A efectos de reflejar los costes salariales del servicio de manera fidedigna y con el ánimo de facilitar la comprensión de los mismos por parte de los licitadores, se determinó establecer este cálculo bajo la nomenclatura “reserva salarial” quedando ésta fijada en la cantidad de 8,75 euros brutos por hora (resultado de sumar 7,59 euros de base + 1,16 euros de prorrateo de plus de transporte).

Este error conceptual a la hora de la realización de los cálculos realizados por la “Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas” les lleva a afirmar literalmente que “todas las retribuciones salariales establecidas en los pliegos como obligatorias para la empresa contratista en relación a los trabajadores adscritos al contrato están por encima de lo establecido en el convenio sectorial de referencia” de manera incorrecta en base a lo anteriormente expuesto.

Por todo ello, cabría concluir que los cálculos económicos recogidos en el pliego de prescripciones técnicas del servicio denominado “PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACTIVIDADES Y ESCUELAS DEPORTIVAS; SERVICIOS DE SALVAMENTO Y SOCORRISTAS; Y RECEPCIONISTAS” se han realizado conforme a lo dispuesto en el IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. Asimismo, igualmente cabría concluir que son de obligado cumplimiento por la mercantil que finalmente resulte adjudicataria del mismo.

Adicionalmente, manifestar que nuevamente con el ánimo de estandarizar, facilitar la comprensión por parte de las empresas a la hora de efectuar sus cálculos económicos y la realidad de la prestación del servicio, se reflejan una serie de tablas en el punto 20 del pliego de prescripciones técnicas del servicio denominado “PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACTIVIDADES Y ESCUELAS DEPORTIVAS; SERVICIOS DE SALVAMENTO Y SOCORRISTAS; Y RECEPCIONISTAS” que recoge las diferentes situaciones en cuanto a número de horas y meses de prestación del servicio sobre la base de los cálculos anteriormente descritos.



No es cuestión menor que los cálculos económicos del servicio están efectuados sobre todo lo anteriormente especificado, sobre los cuales, en una situación de igualdad competitiva, sobre la cantidad fijada de 8,75 euros/brutos/hora por los motivos ya especificados, establece un 33,5% de costes de la seguridad social, un 7,5 % para gastos generales, un 8% para absentismo (sustituciones y vacaciones, IT), un 9% para gastos materiales y finalmente un 6 % de beneficio industrial.

Por tanto, a juicio de quien suscribe, no se dan las circunstancias para admitir el recurso planteado y por tanto propone su desestimación».

Este Tribunal ya ha dicho en numerosas ocasiones que la determinación del precio del contrato (y, por lo tanto, los costes salariales incluidos en el mismo) corresponde al órgano de contratación y dicha determinación 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 este sentido, en la 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 (...).».

Aclarado el extremo anterior, procede ahora analizar si la condición especial de ejecución impuesta por el órgano de contratación consistente en que se cumpla por el contratista lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación en cuanto a las retribuciones y costes salariales, se ajusta o no a Derecho.

La LCSP regula el establecimiento de las condiciones especiales de ejecución en sus artículos 202 y 211:

«Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

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 de la Unión Europea 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.

Asimismo en los pliegos correspondientes a los contratos cuya ejecución implique la cesión de datos por las entidades del sector público al contratista será obligatorio el establecimiento de una condición especial de ejecución que haga referencia a la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, advirtiéndose además al contratista de que esta obligación tiene el carácter de obligación contractual esencial de conformidad con lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211.

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.

Artículo 211. Causas de resolución.

1. Son causas de resolución del contrato:

(..)

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general».

Pues bien, la condición especial de ejecución (reserva salarial) impuesta por el órgano de contratación, resulta improcedente en base a las siguientes consideraciones:

a) Se ha establecido en el PPT y el artículo 202.1 exige que figure tanto en el anuncio de licitación («...y se indiquen en el anuncio de licitación...») como en el pliego de cláusulas administrativas particulares («En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares...»).

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 (...)». De igual forma, el artículo 26 de la citada Directiva establece que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que dicha condición esté vinculada al objeto del contrato, sean



compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

En ninguno de los documentos citados (PCAP y anuncio de licitación) figura la condición especial de ejecución impuesta en el PPT. Es más, en la cláusula 18 del PCAP que regula, con carácter general, las condiciones especiales de ejecución, no se hace mención alguna a la «reserva salarial».

b) La inclusión de una reserva salarial, que no es otra pretensión en este contrato que el respeto a los salarios mínimos fijados en el convenio colectivo de aplicación, según lo manifestado por el órgano de contratación, no puede considerarse como condición especial de ejecución, como tiene declarado este Tribunal en la resolución nº 1071/2018, de 23 de noviembre de 2018, en la que dijimos:

«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».

La doctrina referida es, además, la que se deduce del 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».

Por lo anteriormente expuesto, considerando que el establecimiento de la «reserva salarial» introducida por el órgano de contratación como condición especial de ejecución tiene como objetivo garantizar plenamente el abono de los salarios mínimos de los trabajadores que vienen ya fijados previamente en el convenio colectivo de aplicación, debe anularse dicha condición especial de ejecución y estimarse en este punto el recurso presentado porque se trata del cumplimiento de una obligación no contractual, sino legal.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto D. J.B.R. en nombre de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (AEESDAP), contra los pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares y de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la “prestación del servicio de actividades y escuelas deportivas; servicios de salvamento y socorrismo; y recepcionistas, mediante tramitación anticipada”, Expte. nº 21397/2021, promovida por el Ayuntamiento de Torre vieja, anulando la cláusula 8.1.2 del PCAP, relativa



al criterio de adjudicación objetivo o automático consistente en la «disposición de un Plan de Igualdad de género registrado ante la autoridad (1 punto)» y las cláusulas 10.14, 10.11 d) y 20 del PPT, en los términos expresados en los fundamentos jurídicos de esta resolución y acordándose la retroacción del procedimiento de contratación a la fase anterior a la aprobación de dichos pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión de la medida cautelar adoptada según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa 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 la Comunidad Valencia en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.