



Recurso nº 1139/2022 C. Valenciana 280/2022

Resolución nº 1297/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 20 de octubre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. S. M. R, en representación de ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (AEESDAP), contra los pliegos del procedimiento “*Contrato de Servicio Especial de Socorristas Acuáticos para las Piscinas Municipales*”, expediente 115/2022, convocado por el Ayuntamiento de Benidorm el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 28 de julio de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de referencia, con valor estimado de 591.804 euros, por procedimiento abierto ordinario, y plazo de presentación de ofertas hasta el 12 de agosto de 2022.

Segundo. Con fecha 16 de agosto de 2022, la recurrente presenta recurso especial en materia de contratación, con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) En primer lugar, denuncia, entre otros elementos, falta de publicación de la memoria justificativa del contrato, informe justificativo de la necesidad de realizar el contrato, informe de insuficiencia de medios y acuerdo de aprobación del expediente; todo lo cual considera que le habría generado indefensión al no poder comprobar la existencia de vicios de nulidad en dichos elementos.
- b) En segundo lugar, denuncia la errónea inclusión de cláusulas de carácter laboral en el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que afectaría a la determinación del convenio colectivo de aplicación, a la

determinación del salario de los trabajadores (plus de transporte), y a la categoría profesional a aplicar a determinados miembros de la plantilla.

- c) En tercer lugar, denuncia infracción del artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), por falta de concreción y definición de los criterios de adjudicación, en concreto el relativo a la aportación de vestuario y utensilios para los trabajadores.

Tercero. Con fecha de 8 de septiembre de 2022, consta presentado informe del Órgano de Contratación oponiéndose a la estimación de este recurso con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) En relación con el primer motivo denunciado por la recurrente relativo a falta de publicidad de ciertos elementos, el Órgano de Contratación afirma que, en efecto, no se han publicado algunos de ellos en el perfil del contratante, tales como la memoria justificativa del contrato, de insuficiencia de medios y la aprobación del expediente. No obstante, añade que sí están aportados en el expediente de contratación, según se puede comprobar en la relación de documentos aportados. Asimismo, señala que la memoria justificativa y la insuficiencia de medios están incluidos en el informe del Coordinador de Deportes. Y respecto a la fórmula aplicada para obtener el valor de las ofertas remite a la fórmula justificada en el Anexo I y añade que se trata de una fórmula aprobada mediante resolución con ocasión del Plan de Ajuste 2012/2022 y que es utilizada en todas las licitaciones que tramita dicho Ayuntamiento para obtener las puntuaciones de las ofertas económicas.
- b) En relación con el segundo motivo denunciado por la recurrente, relativo a las condiciones laborales expresada en el Anexo III del PCAP, señala que *“los emolumentos de los trabajadores se han obtenido de los datos incluidos en sus nóminas. Por tanto el plus de transporte discutido por la Asociación de 0,93 € indica que sería lo que han venido cobrando los trabajadores hasta ahora (se remite a nómina de un trabajador). La diferencia que discute la Asociación es de 50 céntimos la hora de trabajo, como consecuencia de pagar 0,93 € de plus transporte en vez*

de los 0,43 €, cantidad que este Ayuntamiento ha incluido en el precio de licitación para

que el adjudicatario pueda hacerse cargo de esa cuantía, aspecto que la Asociación no discute, es decir sí que le interesa cobrar más pero no repercutirlo en el salario de los trabajadores, aun más cuando vienen cobrando ya esa cantidad”.

En cuanto a la organización del trabajo señala que los centros de trabajo donde prestan servicio estos socorristas, los turnos de trabajo de todas las actividades están organizados en semana de trabajo y semana de descanso. Por lo que el Ayuntamiento entiende que es beneficioso para el servicio que la actividad de socorrismo comparta la misma organización que el resto de actividades para un mejor funcionamiento e integración del servicio público.

Asimismo, el Órgano de Contratación reconoce que la categoría profesional se ha mantenido por error en los Pliegos de Prescripciones Técnicas, del Convenio anterior aplicable de instalaciones acuáticas, si bien rechaza toda relevancia para este contrato, dado que el nuevo Pliego indica que el Convenio a aplicar es el de instalaciones deportivas y gimnasios.

- c) En relación con el tercer motivo de recurso relativo a la falta de definición de los criterios de adjudicación, señala que todos los criterios de adjudicación contenidos en el pliego son de aplicación automática o sujeta a fórmula.

Añadiendo en relación con el tercer criterio que los licitadores obtendrían 10 puntos si aceptaran aportar todos los suministros que se indican, con independencia de la marca o calidad. Y que únicamente habría que contestar SI o NO, así como que la indicación “de reconocida calidad” se incluye para informar a los licitadores que las prendas suplementarias u objetos a entregar al personal deben tener una cierta calidad, dado que es una indumentaria que han de usar en su trabajo diario y se exige que tenga una cierta durabilidad y fiabilidad.

Cuarto. La secretaria de este Tribunal concedió el 15 de julio de 2022, trámite de alegaciones sobre el recurso a los licitadores, sin que ninguno haya ejercido este derecho.

Quinto. mediante Resolución de 25 de agosto de 2022, la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera 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 especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP, artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre y el Convenio suscrito al efecto entre el entonces Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Valencia de 25 de mayo de 2021 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de junio de 2021.

Segundo. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el párrafo segundo del artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado, al tratarse de una asociación que agrupa y representa a empresarios de servicios deportivos a las Administraciones Públicas y que defiende en su recurso que algunas cláusulas del pliego impugnado limitan y perjudican los intereses legítimos de sus asociados.

Tercero. La interposición de este recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1.b) de la LCSP. El anuncio de licitación de este contrato es de fecha de 28 de julio de 2022, siendo presentado el recurso con fecha de 16 de agosto de 2022.

Cuarto. El recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de servicios, por lo que, al amparo de lo previsto en el artículo 44.1.a), en relación con el 44.2.a) de la LCSP, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.



Quinto. Entrando a conocer del fondo de este asunto debemos referirnos en primer lugar a la falta de publicidad de varios de los informes que exige el artículo 116 LCSP. El citado precepto establece en su apartado primero:

“La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante.”

Y en su apartado cuarto se dice:

“4. En el expediente se justificará adecuadamente:

- a) La elección del procedimiento de licitación.*
- b) La clasificación que se exija a los participantes.*
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.*
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso”.*

En lo que a este recurso interesa, el artículo 63.3 de la LCSP establece que deberá publicarse la memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios, y el objeto detallado del contrato.

La asociación recurrente impugna expresamente la falta de publicación del informe de necesidad motivado, la memoria justificativa, y el informe sobre insuficiencia de medios.

El informe del órgano de contratación, al que se ha hecho referencia más arriba, reconoce la falta de publicidad de tales elementos, señalando su efectiva incorporación a este expediente.

Resultando que, en efecto, estos documentos no han sido publicados en el perfil del contratante, si bien sí forman parte del expediente de contratación remitido a este Tribunal. Se observa asimismo que las cláusulas 2, 3 y 4 del PCAP regulan el objeto del contrato, las condiciones generales y el presupuesto de licitación del contrato.

Por lo que, más allá del incumplimiento formal del artículo 63.3 de la LCSP, por la falta de publicación, desde luego censurable, de unos documentos que sí que existen en el expediente de contratación, como ha constatado este Tribunal, no sería una irregularidad invalidante de los pliegos por tal motivo. En este sentido, el apartado 2 del artículo 48, antes transcrito, determina que:

“No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Por todo lo cual, procede la desestimación de este primer motivo.

Sexto. El segundo motivo de impugnación se refiere a la inclusión de cláusulas de carácter laboral improcedentes en el PCAP que afectarían a la determinación del convenio colectivo de aplicación, a la determinación del salario de los trabajadores, y a la categoría profesional a aplicar a determinados miembros de la plantilla.

A este respecto hay que comenzar recordando la doctrina sentada por este Tribunal acerca del carácter no vinculante del PCAP en cuestiones de carácter laboral en la medida que se trata de cuestiones correspondientes íntegramente al orden jurídico laboral; así el artículo 130.1 LCSP, en su actual redacción, expresamente establece la remisión al convenio colectivo, acuerdo de negociación colectiva de eficacia general o norma legal para

determinar la existencia o no de una eventual obligación de subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales pre-existentes. También, el artículo 100.2 LCSP señala que 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, lo que obliga a los órganos de contratación a elegir el convenio en el que, a su criterio, resulta el más adecuado para calcular los costes salariales, pero, en todo caso, dicha elección no ha de tomarse como indiscutible, pues esta es una materia reservada a la normativa y jurisdicción laboral.

Por lo tanto, las obligaciones legales en la redacción de los Pliegos dimanantes del artículo 130 de la LCSP no convierten al órgano de contratación en órgano del orden jurisdiccional social o de la Autoridad Laboral (como la Inspección de Trabajo) y, por ello, el contenido del Pliego, ajustándose a la LCSP, no prejuzga el derecho laboral a la subrogación de los trabajadores, por todas, resolución número 991/2022, de 2 de septiembre. Y lo mismo es posible decir respecto de aquéllas cuestiones que pertenecen íntegramente a la relación laboral entre empresario y trabajador.

Asimismo, también es notoria la doctrina de este Tribunal en cuya virtud la inclusión de criterios de adjudicación consistentes en una eventual mejora salarial sería contraria a las previsiones de la LCSP. Por todas, traemos a colación un extracto de nuestra resolución número 471/2020 recaída en el recurso 164/2020, donde exponíamos (el subrayado es nuestro):

“(...) siendo jurídicamente admisible que los criterios de adjudicación se refieran a características sociales del contrato, la opción de incluir condiciones sociales como criterios de adjudicación no es ilimitada para el órgano de contratación. Es preciso que no sean contrarias al principio de igualdad de trato entre los licitadores, y que guarden relación con el objeto del contrato, porque la contratación pública debe contribuir a la consecución de otros fines protegidos por el ordenamiento jurídico, pero sin soslayar lo que constituye el objeto primario y natural de cada contrato público”

Y tras examinar en análisis que sobre esta cuestión hicimos en nuestra Resolución 235/2019, de 8 de marzo sobre los requisitos exigibles para la admisión de cláusulas sociales como criterios de adjudicación en los contratos públicos, la Resolución de 471/2020 continuaba: “Partiendo de las anteriores premisas, el Tribunal examina en la Resolución 235/2019 la admisibilidad de los concretos criterios sociales de adjudicación, basados, como en el supuesto que se examina, en la mejora de las condiciones salariales del personal afecto a la ejecución del contrato, afirmando lo siguiente:

“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 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.”

La Resolución 235/2019 continúa citando la Resolución del recurso 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, estimatoria de un recurso similar al presente, en la que se citaban las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid números 220/2017 y 136/2018, que afirman que un criterio de valoración consistente en el compromiso de aplicar un aumento porcentual del salario base de los vigilantes de seguridad que presten el servicio objeto de contratación, respecto del salario base estipulado por 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. La segunda de las sentencias citadas señala 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, traducéndose 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". En la Resolución 235/2019 el Tribunal interpretó que la expresión "socialmente sostenibles y justas" del artículo 145.6 de la LCSP se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación, lo que, en el caso de los salarios, alude 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". Recordaba también el Tribunal en la Resolución 235/19 que 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, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución. Y que "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 Tribunal consideró, en la aludida Resolución 235/2019, que 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".

Cabe señalar que el criterio manifestado por este Tribunal en la tan citada Resolución 235/2019 ha sido reiterado en posteriores ocasiones, como las

Resoluciones 388/2019, de 17 de abril, 897/2019, de 31 de julio, 1267/2019, de 11 de noviembre, 1449/2019, de 11 de diciembre, o 14/2020, de 9 de enero”.

Tales consideraciones son igualmente aplicables al caso que nos ocupa donde los pliegos, a pesar de no haber incluido en los criterios de adjudicación una mejora salarial, sí la han introducido de manera implícita en los pliegos, pues de manera unilateral y a pesar de carecer de competencias concernientes al seno de la relación laboral, el órgano de contratación ha implementado un incremento del plus de transporte en un importe de 0,50 euros, y por mucho que lo justifique señalando que esta circunstancia la ha tenido en cuenta al fijar el precio de licitación, los conceptos salariales y sus cuantas respectivas que conforman los costes que pueden intervenir en la ejecución del contrato, no es una materia que sea competencia de los órganos de contratación o entidades contratantes, sino de la normativa laboral, convencional o en última instancia de la jurisdicción social, estando los licitadores vinculados a respetar las condiciones salariales resultantes del convenio colectivo que sea de aplicación a dichas relaciones laborales, pero quienes de ningún modo pueden quedar vinculados a condiciones salariales *ex novo* implementadas por la Administración Pública contratante.

En la misma línea, es posible hacer igualmente remisión a nuestra resolución 1386/2020, de 23 de diciembre de 2020 en la que se indicaba, con cita de otras resoluciones anteriores (el subrayado es nuestro):

“En efecto, sobre la posibilidad de que concurra a la licitación una empresa que no aplique el convenio colectivo sectorial, por aplicar un convenio de empresa, ya nos pronunciamos en nuestras Resoluciones 1461/2019, de 19 de diciembre (rec. n.º 1275/2019 y Resolución n.º 552/2020, de 23 de abril (rec. n.º 165/2020); en particular, conforme a nuestra Resolución 1464/2019: “El artículo 149.4, penúltimo párrafo, se refiere al incumplimiento de lo dispuesto en convenios colectivos sectoriales vigentes, ‘en aplicación de lo dispuesto en el artículo 201’. Sin embargo, el artículo 201 de la LCSP no se refiere a convenios colectivos sectoriales, sino que lo que hace es garantizar que el contratista, en la ejecución del contrato, ha de cumplir con las obligaciones establecidas en los “convenios colectivos” (el que resulte de aplicación). Una interpretación teleológica de las normas trascritas ha de

atender la finalidad perseguida por aquéllas. Esta finalidad, como se ha señalado anteriormente, es garantizar a los trabajadores el cumplimiento de los derechos salariales que derivan de su relación laboral.

Ello conduce a garantizar la aplicación de las normas salariales contenidas en el convenio colectivo que resulte de aplicación. La exigencia de condiciones salariales distintas no tiene ninguna repercusión respecto de los trabajadores, pues éstos van a seguir percibiendo lo que se hubiera estipulado en el convenio colectivo aplicable, mientras que daría lugar a la exclusión de licitadores que estuvieran sujetos a un convenio colectivo distinto, dando lugar a una restricción injustificada de la competencia.

En consecuencia, si bien resulta adecuado que, para calcular el precio, el órgano de contratación considere como costes salariales los establecidos en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, por ser el referente ordinario en el sector (y así se recoge en el artículo 101 de la LCSP), la obligación que se impone al adjudicatario del contrato ha de ser la de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación”.

Por lo tanto, la subida del complemento de plus de transporte recogida en estos pliegos resulta contraria a las previsiones de la LCSP entre otras razones, por carecer el órgano de contratación de competencias en materia de cuestiones salariales derivadas de la relación laboral por cuenta ajena, debiendo limitarse la obligación impuesta al adjudicatario en el pliego a cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación.

Por otra parte, este mismo razonamiento justifica al mismo tiempo la falta de competencia del órgano de contratación para adentrarse en la regulación de condiciones salariales, como hace, igualmente, cuando el PPT establece una subida salarial anual referenciada al IPC, cuando éste no es el criterio que ha adoptado el convenio colectivo de aplicación, pero también la falta de relevancia en la existencia de un posible error en la determinación del convenio colectivo de aplicación, pues la determinación del mismo, no vendrá determinada en ningún caso por un PCAP sino que vendrá determinada por lo que resulte de la

aplicación de las normas laborales. En este sentido, la citada resolución de 23 de diciembre de 2020, añade que:

“No obstante, el artículo 122.2 de la LCSP dispone:

‘2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán (...) la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; (...)’

Ahora bien, una interpretación literal de este precepto conduciría a que, en el caso de que el adjudicatario del contrato se rigiera por un convenio distinto del convenio sectorial, la celebración de un contrato del sector público supondría una alteración de las condiciones salariales de los trabajadores, dando lugar a una inaplicación parcial (sólo respecto de los trabajadores afectos a la ejecución del contrato) y temporal (sólo durante la ejecución del contrato) del convenio colectivo que resulta de aplicación. Ésta es una situación que no resulta compatible con nuestro derecho laboral y que castiga injustificadamente a entidades del sector público (ya que deben soportar unos costes salariales de sus contratistas superiores a los que soportará cualquier otro contratante).

De una forma más adecuada con la realidad, el artículo 35 de la LCSP, relativo al contenido mínimo del contrato, establece que en los documentos de formalización de los contratos figurará: ‘n) La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación’.

La interpretación conjunta de estos preceptos conduce a que la obligación que haya de figurar en los pliegos sea la de respetar las obligaciones salariales que resulten del convenio colectivo que se encuentre en vigor. Normalmente será el convenio colectivo sectorial, pero en los casos en que resulte de aplicación un convenio colectivo distinto, habrá que estar a las obligaciones salariales establecidas en éste”.

En efecto, de la interpretación conjunta de los art. 201 y 35 LCSP se infiere que la voluntad del legislador era salvaguardar los derechos de los trabajadores, y ello se consigue garantizando que la empresa contratista aplique el convenio que resulte de aplicación, que no necesariamente ha de ser el sectorial”.

Por lo expuesto, ni la eventual existencia de error en el PCAP en relación con el convenio colectivo de aplicación, ni la eventual existencia de error o confusión en cuanto a la categoría profesional a aplicar a los trabajadores de este servicio constituiría un vicio invalidante, dado que se trata, de nuevo, de cuestiones laborales que corresponde establecer a la normativa laboral y no a la normativa administrativa. Sin perjuicio de que, como se ha explicado en este fundamento de derecho, sí resulte improcedente la inclusión de un aumento salarial sobre el plus de transporte aplicado por el Ayuntamiento contratante en estos pliegos, una subida salarial anual referida al IPC o la fijación en pliegos de una obligación del abono de un determinado salario hora (8,93 €), con incremento del 50 % en festivo (incluidos fines de semana) que, según PPT, tiene que pagar obligatoriamente el empresario a los trabajadores-socorristas que van a prestar el servicio. Fijar todas estas cuestiones en los pliegos como de obligado cumplimiento por parte del empresario, exceden de las competencias del órgano de contratación.

Por tanto, este motivo del recurso ha de estimarse.

Séptimo. El último motivo invocado por la recurrente se refiere a la infracción, a su juicio, del artículo 145 LCSP por falta de concreción y definición de los criterios de adjudicación, en concreto el relativo a la aportación de vestuario y utensilios para los trabajadores.

En relación con esta cuestión, el PCAP establece en su cláusula 15 los criterios de adjudicación y valoración de ofertas, con el siguiente tenor literal:

“La valoración global de una oferta determinada se obtendrá por la suma de la valoración de cada uno de los aspectos recogidos en los puntos siguientes:

1º Número de horas mensuales de apoyo al socorrista del Palau d’Esports “L’ill de Benidorm”, a prestar por otro socorrista: 50 puntos.

Se concederá medio punto por cada hora que se oferte, con un máximo de 50 puntos.

2º. Precio hora: Base Imponible, IVA y Total. 40 puntos

3º Vestuario y utensilios para prestar el servicio, para cada uno de los trabajadores, de reconocida calidad, adicional al exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, cada año de contrato: 10 puntos.

- 1 par de escarpines o calzado adecuado para recintos acuáticos.*
- 2 camisetas/polos identificativos de socorrista.*
- 1bañador.*
- 1 chándal.*
- 2 gorras (socorrista aire libre).*
- 2 envases crema solar protección spf 50, mínimo 250 ml (socorrista aire libre).*

Se aplicará según formula que figura en Anexo I”.

Como se puede observar, aunque la dicción literal del pliego no concreta que se trata de criterios de valoración automática o sujeta a fórmula, la remisión para todos ellos a la fórmula que figura en el Anexo I permite concluir, si quiera implícitamente, que tal sea el caso.

Ahora bien, hay que dar la razón a la recurrente cuando denuncia que no se ha establecido en los pliegos información suficiente para poder valorar este criterio teniendo en cuenta la referida fórmula contenida en el Anexo I, así como el carácter subjetivo que implica la utilización del requisito de material de “*reconocida calidad*”, pues en efecto, no resulta posible a un licitador conocer de antemano qué características conllevarán la estimación del material ofertado como de “*reconocida calidad*” y cuáles no.

De igual manera, la explicación contenida en su informe por parte del Órgano de Contratación en cuya virtud todos los licitadores obtendrían la puntuación máxima con tal de que hubieran ofertado aportar todos los suministros, con independencia de la marca o calidad, no aparece explicitada en ningún lugar del PCAP ni tampoco del pliego de prescripciones técnicas particulares.

Visto lo cual, procede traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal en relación con la determinación de los criterios de adjudicación del contrato, por todas, resolución 682/2016, de 9 de septiembre (el subrayado es nuestro):

“En la Resolución nº 470/2016, de 17 de junio, resumimos la doctrina que sobre la determinación de los criterios de adjudicación ha sido mantenida por el Tribunal, así: “En este punto, hemos de comenzar recordando la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan y ponderen con la suficiente precisión en los Pliegos, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad a los técnicos y a la Mesa de Contratación a la hora de su concreción en el proceso de valoración de las ofertas. Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.

Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el

anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Abundando en tal consideración, en la Resolución nº 102/2013, de 6 de marzo, señalábamos que su determinación no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o de la comisión técnica que le asista adoptada con posterioridad a la apertura de las ofertas, puesto que ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes.

De igual modo, hemos de citar lo dispuesto en el artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. [...] Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia”. De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que como norma general se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación puede hacerse fijando una banda de valores que debe reunir como requisito esencial tener una amplitud adecuada. Con este último requisito, pone de manifiesto el legislador que tampoco en este punto es admisible una total discrecionalidad en el órgano de contratación. Como indica el precepto transcrito, la banda de valores debe tener una amplitud “adecuada”. Bien es cierto que este término tiene la condición de concepto jurídico indeterminado y, por consiguiente, que es prácticamente imposible concretar a priori cuál debe ser esa amplitud. Pero, al menos, su exigencia nos dice que, por deber ser “adecuada”, la facultad del órgano de contratación para fijar tal amplitud no es ilimitada, es decir no es discrecional”. Por tales razones, la falta de concreción de las puntuaciones en los Pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta, supone un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) LRJPAC por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE). Entrando, por consiguiente, en franca colisión con todos los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

En la misma línea de razonamiento, en la Resolución nº 65/2013, de 6 de febrero citada por la reciente Resolución nº 575/2014, indicábamos: “Ante supuestos similares, en numerosas resoluciones de este Tribunal se ha declarado la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas. Como referencia, en la Resolución 69/2012, con apoyo doctrinal detallado Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, asunto Alexandroupulis-, se concluía que en un procedimiento de licitación, no se pueden fijar a posteriori reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación no establecidos en el pliego y que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho “... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”. Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente los subcriterios y pautas a aplicar para la valoración de las mejoras, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria), “los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”. Y concluye que “La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.”

Aplicando la doctrina expuesta al caso de referencia hemos de concluir que, en efecto, el criterio de adjudicación número 3 adolece de indeterminación en su concreción habida cuenta de la expresa utilización de conceptos abiertos tales como suministro de material de *“reconocida calidad”*, quedando a la entera discrecionalidad del Órgano de Contratación determinar a posteriori, una vez abiertas las ofertas, qué características conducirán a la apreciación de este requisito y cuáles no, pero sin que a priori puedan tener conocimiento cierto de esta circunstancia los licitadores.

De la misma manera, la determinación del criterio que ahora se examina en el pliego tampoco determina ninguna banda de valores o subcriterios que permita conocer a priori cómo se realizará la distribución interna de los 10 puntos que lleva atribuidos este criterio. Y en la hipótesis señalada por el Órgano de Contratación según la cual bastaría con el compromiso de aportar todos los materiales para tener la puntuación máxima habría que decir, como se ha anticipado antes, que nada en este sentido se indica expresamente en los pliegos. Debiendo traerse a colación el argumento recogido en su recurso por la recurrente en el que se indica que una diferencia de hasta 10 puntos podría llegar a ser, en efecto, determinante para la adjudicación de este contrato.

Por lo tanto, la manifiesta falta de concreción de las puntuaciones de este criterio recogida en los Pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración o de concesión o no de puntos por este criterio de adjudicación, supone un vicio de anulabilidad del pliego que obliga a su corrección y, por tanto, a la estimación de este motivo del recurso.

Por todo lo expuesto, habida cuenta de la estimación de este último motivo del recurso, junto con el estimado en el fundamento de derecho sexto relativo a la fijación en el pliego de aspectos propios de la relación laboral que exceden de las competencias del Órgano de Contratación, conduce a la estimación parcial de este recurso y a la anulación de las cláusulas del PCAP afectadas, debiéndose retrotraer las actuaciones a un momento anterior a la publicación de estos pliegos a fin de que se revise su redacción con eliminación de los vicios apreciados, de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de esta resolución.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. S. M. R, en representación de ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (AEESDAP), contra los pliegos del procedimiento “*Contrato de Servicio Especial de Socorristas Acuáticos para las Piscinas Municipales*”, expediente 115/2022, convocado por el Ayuntamiento de Benidorm y la anulación de las cláusulas correspondientes conforme lo manifestado en los Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo de esta resolución, acordando, asimismo, la retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a la aprobación de los pliegos de la licitación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 Valencia, 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. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.