



Recurso nº 359/2024

Resolución nº 793/2024

Pleno

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

En Madrid, a 20 de junio de 2024

VISTO el recurso interpuesto por D. C.M.G., en representación de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES), contra los Pliegos que han de regir la adjudicación del contrato de "*servicios de vigilancia y el servicio de mantenimiento de los equipos de seguridad y servicios auxiliares de seguridad complementarios en los edificios de las sedes de la CNME de Madrid y Barcelona y el servicio de protección personal y conducción de seguridad para la CNMC*", con expediente 230325, convocado por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Presidencia de la CNMC anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 8 de febrero de 2024 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato de servicios arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 3.954.494,94 euros y su objeto está dividido en 5 lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicado el anuncio de licitación en la fecha indicada, y los Pliegos el día 12 de febrero de 2024, se interpone contra los mismos el 29 de febrero de 2024 recurso especial en materia de contratación por FES, mediante presentación en el Registro General del Ministerio de Hacienda y Función Pública.



Por medio del recurso se impugna exclusivamente el criterio segundo de los criterios de adjudicación denominados “*sociales*” del PCAP.

Cuarto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo, así como el correspondiente informe emitido por el órgano de contratación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso a los licitadores, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga, habiendo hecho uso de este trámite la empresa CASVA SEGURIDAD, SL (CASVA), actual adjudicatario de los lotes 2 y 5 del contrato en vigor, solicitando la desestimación del recurso y defendiendo la legalidad de la cláusula específicamente impugnada.

Sexto. Por resolución de la secretaria dictada por delegación del Tribunal, de 14 de marzo de 2024, se ha concedido la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, con la excepción del plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante), hasta su levantamiento por la presente resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. Se recurre el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante) que ha de regir la licitación del expediente para la adjudicación de un contrato de servicios regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.



Tercero. La entidad recurrente ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que (el subrayado es nuestro):

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Cuarto. Se han cumplido las previsiones de plazo establecidas en el artículo 50.1b) LCSP, al haberse interpuesto los recursos en el plazo de quince días hábiles que señala el referido precepto, contados desde la publicación de la puesta a disposición de los Pliegos.

Quinto. La Federación recurrente impugna el criterio de adjudicación recogido en la cláusula 12.2. del PCAP en lo que se refiere a “*otros servicios evaluables mediante la aplicación de fórmulas (POCA)*” Criterios sociales, que se valoran con un máximo de 10 puntos para la adjudicación de los lotes en que se divide el contrato.

Rechaza la recurrente que el criterio impugnado esté vinculado al objeto del servicio, pues no integra prestaciones que deben realizarse en virtud del contrato y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Se valoran cuestiones subjetivas de las empresas participantes que no son necesarias para la prestación de servicios objeto del contrato y que carecen de relación con el objeto del servicio, de tal modo que los criterios de adjudicación incorporados como criterios sociales no son una característica de la prestación en sí misma que permita efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, como exige la Directiva 24/2017, considerando 92 y fund. 97).



Sexto. Por su parte, el órgano de contratación defiende la legalidad del criterio impugnado en su informe, señalando que las Directivas europeas sobre la materia han enfatizado de manera innegable los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública, que la deben informar de manera transversal, según la exposición de motivos y el artículo 1 de la LCSP. De tal manera que los criterios sociales son concretados en el artículo 145.2.1º LCSP.

Defiende el órgano de contratación la vinculación de los criterios sociales al objeto del contrato, pues se trata de un servicio cuya característica más relevante es la esencialidad del factor humano, los profesionales que prestan el servicio. Al estar ante un contrato de servicios intensivo en mano de obra, no es posible aplicar un solo criterio de adjudicación, se ha de acudir a criterios adicionales relacionados con la calidad, siendo especialmente adecuado la aplicación de los criterios sociales. Las alegaciones de FES excluyen toda aplicación de los criterios sociales, y atentan contra el espíritu de la Ley.

De acuerdo con el informe de la unidad responsable del servicio, se constata que, con base en el contrato inmediatamente antecedente que ya incluyó unos criterios sociales iguales a los actuales para la sede de Barcelona, se ha puesto en valor el acierto de la inclusión de estos criterios, que mejoran las condiciones de los trabajadores y redundan en una prestación de más calidad al reducir las ausencias de efectivos y evitar la rotación de plantillas por motivos de conciliación, lo que minimiza las situaciones de riesgo inherente a la adscripción de nuevo personal.

Finalmente, se afirma que los criterios sociales establecidos en el pliego se refieren exclusivamente al personal que realice la prestación objeto del contrato, como se aprecia con la literalidad de la cláusula impugnada, por lo que solo se valorará la existencia de un plan en la empresa para los trabajadores afectados con las concretas medidas que sea de aplicación, con independencia del recorrido de estas medidas con el resto del personal de la empresa.

Por otro lado, en su escrito de alegaciones la empresa CASVA se opone al recurso invocando la discrecionalidad técnica del órgano de contratación al diseñar los pliegos, así como la doctrina del Tribunal que ha evolucionado desde la resolución 210/2016, de 18 de



marzo, no siendo cierto que el criterio se refiera a cuestiones subjetivas de las empresas, por cuanto, tal y como está formulado, está dirigido al personal que realice la prestación del servicio objeto del contrato, o bien para el personal de CNMC de Madrid, por lo que el criterio está vinculado al objeto del contrato, según el criterio recogido en resolución 57/2022, de 20 de enero, que para un criterio similar, sobre la salud de los trabajadores afectos al contrato, se consideró que redundaba en la mejor prestación del servicio.

Séptimo. La Directiva 2014/24/UE configura la contratación pública como uno de los instrumentos que deben utilizarse para:

“conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos”.

Este enfoque de la contratación pública, había sido abordado con anterioridad en instrumentos *soft law*, entre ellos, en la Comunicación de la Comisión, *“Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*, de 3 de marzo de 2010 y en el *“Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”*, de 27 de enero 2011. Y se ha mantenido en documentos más recientes. A modo de mero apunte, el marco de la política económica europea parte de la Comunicación de la Comisión de 2010 denominada *“Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*.

Igualmente, podemos encontrar una referencia al mismo en algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, previas a la Directiva, como la sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos, C-368/2010.

La Directiva 2014/24, en lo atinente al caso que nos ocupa, en su Considerando 94 y en el artículo 67, otorga carta de naturaleza y establece mecanismos normativos precisos, para que la contratación pública sea un mecanismo idóneo no solo para adquirir obras, bienes o servicios sino también para promover los objetivos de las diferentes políticas de la Unión, entre otras, las políticas sociales, en las cuales nos centraremos, dado el objeto de la cuestión jurídica controvertida.



Esta nueva filosofía se traspone a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo artículo primero apartado tercero dispone que (el subrayado es nuestro):

3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

A lo largo del articulado, encontramos manifestaciones de este nuevo enfoque aplicables en las distintas fases de la vida del contrato. Así, a modo de mero apunte, podemos citar las referencias a los criterios sociales, en la preparación del contrato (artículos 28. 2 y 99.1), en la adjudicación (artículo 145) y respecto a la ejecución, para la cual la Ley impone la obligación de incorporar alguna cláusula relacionada con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social (art.202).

Interesa en este punto destacar la literalidad de los artículos 145 y 202: podrá *versus* será obligatorio..., al menos, uno. Diferente redacción de donde resulta que la incorporación de los criterios de adjudicación sociales es potestativa para el órgano de contratación, quien, por el contrario, se encuentra obligado a incluir, al menos, una condición especial de ejecución de entre las siguientes: económica, medioambiental, ética o social.

Siendo así, como norma general, la Ley de Contratos del Sector Público considera potestativa la incorporación de criterios de adjudicación social, para el órgano de contratación (cuestión distinta es que legislación específica, comunitaria, estatal o autonómica impongan la obligación de hacerlo).

La incorporación de criterios sociales puede hacerse eligiendo entre los que enumera el artículo 145 de la LCSP u otras, pues la lista legal no es exhaustiva (el párrafo segundo del artículo 145.2 dice: podrán ser, entre otros, los siguientes y, a continuación, en sus números 1 y 2 una serie de criterios sociales).



Ahora bien, tomada la decisión de incorporar como criterio de adjudicación uno o varios criterios sociales, necesariamente la selección y su posterior aplicación deberá hacerse respetando una serie de requisitos que se establecen en los apartados quinto y sexto del artículo 145 de la LCSP:

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;



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

Muchas han sido las resoluciones de este Tribunal abordando los requisitos que han de reunir los criterios de adjudicación sociales. Pasamos a resumir nuestra doctrina al respecto.

Primero. Partiendo de los Considerandos 92 y 94 de la Directiva 2014/24 y de su artículo 67.

Los criterios sociales *per se* se refieren en su mayoría al factor humano que interviene en la prestación objeto de contrato. Ahora bien, la mera intervención de personas en la prestación no determina implícitamente que pueda establecerse un criterio de adjudicación social.

Para que ello sea posible, es preciso que las condiciones en las que el personal empleado va a desarrollar su trabajo y que se van a valorar mediante criterios de adjudicación, integrando la oferta sean determinantes de la calidad en la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto. En ese supuesto, sí pueden emplearse como criterio de adjudicación, si ello es determinante de la calidad en la ejecución del contrato. Este último aspecto se concreta por el artículo 67 de la Directiva en que esa calidad del personal pueda afectar de manera significativa a su ejecución.

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 permiten al órgano de contratación determinar si es la oferta *“económicamente más ventajosa”*.

Asimismo, dada esa premisa, solo los criterios de adjudicación que se refieran a la plantilla que va a prestar el servicio son admisibles, no aquellos que se refieran al conjunto de la plantilla.

Segundo. Deben además cumplir el resto de los requisitos exigidos con carácter general a los criterios de adjudicación de los contratos públicos:



- Deben estar vinculados al objeto del contrato

- Deben ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad y no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada específicos y cuantificables objetivamente

- Deben respetar el Derecho europeo, en especial, el principio de no discriminación y, como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento

- Deben publicarse previamente y deben motivarse.

Tercero. El requisito de la vinculación al objeto de contrato

La vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato se exige en el artículo 145.5.a) de la LCSP, el cual traspone el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24.

Este requisito ya se exigía tradicionalmente en nuestra legislación de contratos, si bien ha evolucionado. El artículo 87 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) requería objetividad a los criterios de adjudicación. Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público exigía criterios “directamente” vinculados al objeto del contrato.

El artículo 145 de la LCSP, sus apartados quinto y sexto, suprimen el adverbio directamente y, a modo de interpretación auténtica, precisan cómo ha de interpretarse el requisito relativo a la vinculación al objeto del contrato.

El artículo 145 apartado quinto, letra a) señala:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

Y, a continuación, el apartado sexto indica:



6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Esa configuración del requisito exige que el criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades de la prestación que se licita, así como evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato.

Como comenzábamos diciendo, no se satisface el requisito y no puede considerarse vinculado al objeto del contrato, cualquier criterio relativo a los trabajadores que intervengan en el proceso de producción, suministro o prestación de los servicios.

Es precisa una relación con la calidad de la prestación ofertada, un mejor rendimiento de esta, la cual aparece reiteradamente en la doctrina administrativa de la Junta Consultiva de Contratación del Estado y en nuestras resoluciones, para precisar que los aspectos sociales incorporados como criterios de adjudicación deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas.

No estamos con ello exigiendo que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente a éste (sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012 Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos, C-368/2010).

Es posible una vinculación más amplia siempre que esta exista en relación con las prestaciones objeto de contrato, se justifique adecuadamente (volveremos sobre ello) y que permita comparar el rendimiento de las ofertas.



Así, en nuestra Resolución nº 69/2021 relativa a un contrato de servicios de oxigenoterapia medicinal, hemos rechazado un criterio de valoración consistente en presentar un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al 2% si la empresa excede de 50 trabajadores por considerar que no existe esa vinculación con el objeto del contrato. El motivo era que el criterio se formula en abstracto:

“(..) sin que pueda dilucidarse en qué forma pueden intervenir tales trabajadores en la prestación contratada, ni contribuir a ofrecer una oferta de mejor relación “calidad-precio”.

Seguidamente indicábamos que:

“(..) más allá del indudable valor social de la contratación de personas con discapacidad, no resulta admisible su utilización como criterio de valoración de las ofertas presentadas, por no cumplir el requisito que exige el artículo 145 de la LCSP”.

En esa misma línea, en el recurso contra los pliegos de con una licitación que establecía como criterio, el compromiso de destinar un porcentaje del importe de adjudicación del contrato a financiar proyectos de interés social relacionados con el objeto del contrato, o bien el compromiso de suscribir por el mismo porcentaje acuerdos de colaboración con organizaciones u organismos en acciones de interés social y comunitarios relacionados con el objeto del contrato, nuestra Resolución nº 193/2021 consideró que ese criterio infringía las exigencias de vinculación con el objeto del contrato, al no hacer referencia directa a la prestación contratada, ni contribuir a la mejor calidad de las prestaciones.

Tampoco hemos considerado que cláusulas dirigidas de forma genérica a la conciliación y al cuidado del hogar se encontrasen relacionadas con el objeto de contrato. Así, la Resolución nº 45/2023 explica cómo el órgano de contratación no había justificado en qué medida en un contrato de limpieza, la incorporación de dichas cláusulas redundaba en una mejora del rendimiento del contrato (en similares términos, cláusulas de mejora de las condiciones laborales y medidas de inserción no lo son por sí mismas en resoluciones nº 14/2020 y nº 897/2019).



Por el contrario, hemos admitido, considerando relacionadas con el objeto del contrato, los criterios de adjudicación ligados a la formación de los trabajadores que van a prestar el servicio, por encontrarse esta referida a las prestaciones de este (resoluciones nº 549/2020 y nº193/2021).

Finalmente, las cláusulas de estabilidad en empleo, en particular, aquellas dirigidas a fomentar la contratación indefinida han sido rechazadas por falta, en el caso concreto, de los requisitos exigidos en el artículo 145 de la LCSP (a modo de apunte vid Resolución nº 298/2021).

Ciertamente la incorporación de cláusulas que fomenten la estabilidad en el empleo a través del fomento de la contratación indefinida, más aún la prohibición de despidos, parten de un riesgo como es constituir una política de empresa, como tal, proscrita como criterio de adjudicación (resoluciones nº 480/2021 y nº 1129/2022) o incluso, en sentido opuesto, contrario a ella, por afectar al principio de libertad de empresa.

Precisamente por ello, para evitar su rechazo como ya señalábamos en la Resolución nº 298/2021 será necesario no solo su aplicación concreta a la plantilla adscribir al servicio sino una justificación adecuada que de forma clara y manifiesta explique cómo en el caso concreto la selección del criterio redundaría en una mejor calidad del servicio.

Cuarto. Deben ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad y no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada específicos y cuantificables objetivamente

Los criterios de adjudicación deben definirse correctamente e incluir cómo se han de aplicar. No es indispensable la puntuación por baremos pero sí determinar qué se va a valorar (vid, entre otras, nuestra Resolución nº 1065/2020).

Como posteriormente reiteraremos, al abordar la motivación, la exigencia de transparencia implica que la definición de los criterios de adjudicación debe ser clara e inequívoca, para garantizar, que los licitadores medianamente diligentes puedan comprender su alcance exacto y ofertar en consecuencia.



Asimismo, la objetividad y precisión en su redacción, determinarán que el órgano de contratación pueda aplicarlos correctamente en aras a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Con ello se evita que quien define los criterios de adjudicación se reserve un margen de decisión ilimitado (libertad de elección incondicional en expresión del TJUE sentencia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018 C- 546/16) o simplemente contrario al correcto ejercicio de las potestades discrecionales. Recordemos que no hay actividad discrecional al margen de la ley, sino en virtud de ella y en la medida en que ésta lo ha dispuesto; así en ejercicio de toda potestad discrecional puede advertirse la existencia de unos elementos reglados: la propia existencia misma de esa potestad, su extensión, porque no hay potestades ilimitadas, la competencia o el fin que persigue la actividad administrativa, porque toda facultad que la ley confiere es instrumental respecto de la finalidad concreta.

En cuanto a la proporcionalidad. La aplicación de este principio se vincula con la ponderación de los criterios de adjudicación. La ponderación adecuada exige tener en cuenta la prestación objeto de contrato, las condiciones relevantes de esta y los criterios de adjudicación seleccionados. La proporcionalidad se mide así por relación a la puntuación total.

Quinto. Deben respetar el Derecho europeo, en especial, el principio de no discriminación y, como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.

Nos hemos referido con detalle a este requisito en una serie de resoluciones que abordan la impugnación de la inclusión en pliegos de cláusulas de mejora salarial, como criterio de adjudicación (entre otras, resoluciones nº 1967/2021 y 907/2020).

En ellas, hemos señalado que, como regla general, la mejora salarial no va a conseguir una mayor implicación en el trabajo, pues la misma, sin necesidad de incrementos salariales, podría tener cualquier trabajador recién contratado, parados de larga duración o los propios trabajadores afectados por una mera cuestión de compromiso con su trabajo.

Ítem más, en principio, resultan discriminatorias pues, lejos de pretender la valoración de la calidad del trabajo, se premia a aquellas empresas que tengan una mejor capacidad de financiación.



En cuanto al requisito de garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva, habida cuenta que se considera discriminatorio, necesariamente, afecta a la competencia.

Para finalizar, la mejora salarial no es un instrumento útil a los efectos de hacer una evaluación comparativa de las ofertas para elegir la que presente una mejor relación calidad-precio, sino que, por el contrario, fomenta la realización de ofertas económicamente más elevadas y, por tanto, menos beneficiosas económicamente para la Administración. Estas medidas que incrementan el precio del contrato, no suponen necesariamente un mayor rendimiento de la oferta.

Dicha posición es acogida por diversos tribunales superiores de justicia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Contencioso, sentencia de 3 de julio de 2019, nº 455/2019, rec.248/2018; Tribunal Superior de Justicia de Asturias Sala Contencioso, sentencia de 22 de septiembre de 2020, nº 453/2020, rec. 495/2019; Tribunal Superior de Justicia de Granada Sala Contencioso, sentencia de 16 de febrero de 2023.

Ahora bien, no hemos descartado plenamente la aplicación de cláusulas de mejora salarial o de condiciones laborales y hemos señalado las pautas generales para su inclusión:

En definitiva, la determinación de la mejor relación calidad-precio podrá realizarse tomando en consideración el criterio cualitativo consistente en la mejora de las condiciones laborales y salariales, pero siempre y cuando: (i) esté vinculado al objeto del contrato; (ii) se formule de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; (iii) garantice la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Y de hecho hemos validado cláusulas concretas de mejora salarial, que reunían los requisitos exigidos.

En efecto, nuestra Resolución nº 268/2023, valida una cláusula de mejora salarial concreta: productividad por puntualidad, no absentismo y disponibilidad. Razonábamos en dicha resolución que el criterio valora la mejora de la calidad del servicio prestado por encima del cumplimiento ordinario de las obligaciones laborales, ya remuneradas por el salario.



Considerábamos que en la prestación de servicios objeto de contrato se valoraba un mejor rendimiento y por consiguiente una mejor prestación de este.

Sexto. Deben publicarse previamente y deben motivarse

La determinación de los criterios de adjudicación es potestad discrecional del órgano de contratación y debe motivarse conforme exige el artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

Más concretamente, el artículo 116.4.c) de la LCSP dispone que en el expediente de contratación se justificará adecuadamente los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato y el artículo 145.5 exige que la formulación de los criterios de adjudicación se realice de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y sin que puedan conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

El órgano de contratación cuenta con una amplia discrecionalidad a la hora de determinar los criterios con los que va a seleccionar la oferta que mejor responda a sus necesidades, pero el ejercicio de esa potestad discrecional ha de ser motivada, explicando las razones para elegir cada criterio de adjudicación.

En efecto, el artículo 116 de la LCSP literalmente señala que:

“4. En el expediente se justificará adecuadamente: (...)

c) ... los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato...”.

La exigencia de una justificación debida del criterio de adjudicación elegido, es requisito previo necesario y su omisión constituye un vicio de anulabilidad.

Respecto al contenido de esa justificación, debe ir dirigida a explicitar cómo el criterio elegido reúne los requisitos exigidos por el artículo 145 de la LCSP (debe ir dirigida al vínculo entre el criterio y la mayor calidad de la prestación, puesto en relación con el concreto contrato que se licita, evitándose argumentos retóricos o estereotipados.



Téngase en cuenta que esta exigencia se encuentra directamente vinculada con el principio de transparencia (vid la sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos, C-368/2010).

Octavo. Expuesta nuestra doctrina, consideramos a continuación las cuestiones que se nos plantean. El Cuadro de Características del PCAP establece en la cláusula 12.2.2 los criterios evaluables de forma automática mediante fórmulas, que a su vez prevé para cada lote tres criterios: el precio (49 puntos), el cual se subdivide dos subcriterios (precio/hora de servicio regular y precio/hora de servicios extraordinarios); los criterios sociales (10 puntos en el lote 1 y 13 puntos en el lote 2) y otros criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas (3 puntos en el lote 1).

En relación con los criterios sociales, el PCAP prevé para el lote 1:

- *La empresa dispone de Plan de gestión preventiva dirigida al control y mejora de la salud aplicable al personal que realice la prestación del servicio objeto del contrato, de forma periódica en función a los riesgos inherentes de los puestos de trabajo de vigilante de seguridad, que incluya protocolos médicos de prevención y vigilancia de la salud física y psíquica con el objetivo de garantizar la calidad de los servicios. 2 puntos.*
- *La empresa dispone de un Plan de inserción socio laboral de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social para el personal de la CNCM de Madrid. 2 puntos.*
- *La empresa dispone de un Plan de conciliación de la vida laboral y profesional aplicable al personal que realice la prestación del servicio objeto del contrato, que se desarrolla en los puntos siguientes. Total: 6 puntos.*
 - *Centros de educación infantil de primer ciclo u otros servicios o establecimientos de ocio, atención y cuidado de menores: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, plazas en centros de educación infantil de primer ciclo u otros servicios o establecimientos de ocio, atención y cuidado de los menores que residan en



el domicilio de los trabajadores, durante el tiempo en que éstos realicen su jornada de trabajo.

- *Servicios de atención a personas con discapacidad o en situación de dependencia en centros de día o centros especializados: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, plazas en centros de día o en centros especializados de atención a personas con discapacidad o en situación de dependencia que residan en el domicilio de los trabajadores, durante el tiempo en que éstos realicen su jornada de trabajo.

- *Plan para la flexibilización, adaptación o reasignación de servicios y horarios en función de las necesidades de conciliación: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, una serie de mejoras u opciones, destinadas a potenciar la flexibilización, adaptación o reasignación de las funciones del puesto de trabajo y horario, atendiendo a las circunstancias o necesidades particulares de cada uno, en aras de la conciliación familiar.

Los licitadores deberán indicar si disponen de los Planes citados, en términos de ‘SÍ’ o ‘NO’.

Este mismo criterio se reitera, con una redacción similar, aunque con puntuaciones diferentes para cada uno de los subcriterios, en el lote 2 del contrato.

El recurrente alega, según hemos dicho, que los criterios sociales valorados en el PCAP se refieren a la empresa en su conjunto, pero que carecen de relación directa con el objeto del contrato. Invoca el Considerando 97 de la Directiva 2014/24, cuyo segundo párrafo señala que:

“[n]o obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad



corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa”.

Alega también el recurrente, según hemos referido anteriormente, que los criterios impugnados no están vinculados al objeto del contrato ni permiten la valoración comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato.

I. Centrándonos pues en el análisis de los criterios incluidos en el PCAP a la luz de nuestra doctrina, antes expuesta, comenzaremos por el criterio relativo a disponer de un Plan de gestión preventiva dirigida al control y mejora de la salud.

Literalmente el Pliego asigna dos puntos:

“La empresa dispone de Plan de gestión preventiva dirigida al control y mejora de la salud aplicable al personal que realice la prestación del servicio objeto del contrato, de forma periódica en función a los riesgos inherentes de los puestos de trabajo de vigilante de seguridad, que incluya protocolos médicos de prevención y vigilancia de la salud física y psíquica con el objetivo de garantizar la calidad de los servicios. 2 puntos”.

La relación de este criterio de adjudicación social con el objeto de contrato es evidente: afecta a la plantilla que efectivamente prestará el servicio que se licita, tiene en cuenta la prestación del servicio, pues no cualquier Plan se puntuará sino solo aquel que tenga en cuenta los riesgos inherentes, físicos y psíquicos, que afectan al personal que ocupará los puestos de trabajo y finalmente porque el objetivo es la calidad del servicio. Consideramos que ese Plan de gestión preventiva beneficiará a los trabajadores que presten el servicio, a su salud, reduciendo con ello las ausencias, las faltas de puntualidad que impactan en la calidad del servicio.

Atendido lo anterior, consideramos que este criterio está relacionado con el objeto de contrato, debiendo desestimar el recurso en este punto.



II. El segundo criterio de adjudicación social se refiere a disponer de un Plan de inserción socio laboral.

Literalmente se asignan dos puntos:

“La empresa dispone de un Plan de inserción socio laboral de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social para el personal de la CNCM de Madrid. 2 puntos”.

La redacción del criterio induce a interpretar que el Plan deba dirigirse al personal que vaya a prestar el servicio que se licita en la sede de la CNMC en Madrid y no al conjunto de la plantilla de la empresa licitadora. Aún así, la disponibilidad de un plan de inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión no permite efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, en tanto no se aprecia *prima facie* que coadyuve a lograr prestaciones de mayor calidad.

Atendido lo anterior, faltaría y este Tribunal no aprecia que el criterio de adjudicación guarde relación con el objeto de contrato, en el sentido de mejorar la calidad de las prestaciones que integran este, por lo cual estimamos el recurso en este punto.

III. Por último, en lo referido a la disponibilidad de un plan de conciliación de la vida laboral y profesional, podemos reiterar, la cláusula en cuestión asigna hasta seis puntos distribuidos en tres subcriterios, literalmente:

“La empresa dispone de un Plan de conciliación de la vida laboral y profesional aplicable al personal que realice la prestación del servicio objeto del contrato, que se desarrolla en los puntos siguientes. Total: 6 puntos.

- *Centros de educación infantil de primer ciclo u otros servicios o establecimientos de ocio, atención y cuidado de menores: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, plazas en centros de educación infantil de primer ciclo u otros servicios



o establecimientos de ocio, atención y cuidado de los menores que residan en el domicilio de los trabajadores, durante el tiempo en que éstos realicen su jornada de trabajo.

- *Servicios de atención a personas con discapacidad o en situación de dependencia en centros de día o centros especializados: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, plazas en centros de día o en centros especializados de atención a personas con discapacidad o en situación de dependencia que residan en el domicilio de los trabajadores, durante el tiempo en que éstos realicen su jornada de trabajo.

- *Plan para la flexibilización, adaptación o reasignación de servicios y horarios en función de las necesidades de conciliación: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, una serie de mejoras u opciones, destinadas a potenciar la flexibilización, adaptación o reasignación de las funciones del puesto de trabajo y horario, atendiendo a las circunstancias o necesidades particulares de cada uno, en aras de la conciliación familiar”.

Como en los anteriores, los destinatarios del Plan en cuestión serán los trabajadores que van a prestar el servicio objeto de licitación.

Ahora bien, este Tribunal no aprecia que el criterio ni los subcriterios en cuestión guarden una relación con el objeto del contrato en los términos explicitados en el Fundamento de Derecho Sexto, más concretamente que incidan en una mejor calidad en la prestación del servicio. Esto es, este tipo de medidas suponen un coste económico potencial para la empresa licitadora, que previsiblemente se traducirá en un mayor precio, encareciendo la prestación sin una vinculación directa con una mayor calidad.

Por otra parte, en relación con las dos primeras medidas, el órgano de contratación no identifica los trabajadores a subrogar potencialmente beneficiados por las medidas, esto



es, aquellos que tienen hijos y personas dependientes a cargo (podría haber realizado una consulta voluntaria entre los mismos para conocer el dato) de forma que ni siquiera indiciariamente se justifica en qué medida ese criterio de adjudicación, redundaría en un mejor rendimiento del contrato y en consecuencia en la calidad de los servicios prestados que son objeto de este.

Ligado con lo anterior, el coste exacto de estas medidas, solo se conocerá tras la adjudicación y comienzo en la prestación del servicio. Siendo ello así y a falta de mayor justificación ni explicación en el informe, tenemos que recordar el impacto desincentivador que tendrán para que concurran a la licitación empresas con menor capacidad financiera, reduciendo la concurrencia y, en particular, la de las PYMES.

Por otra parte, la oferta de plazas para los trabajadores que efectivamente presten el servicio que se licita, no repercute necesariamente (o, al menos, no se justifica en el expediente) en el rendimiento de la oferta, pues al no exigir que las plazas ofertadas sean próximas al centro de empleo, donde se presta el servicio ni incentiva la puntualidad ni desincentiva el “*absentismo*” del trabajador, pues no facilita que pueda atender circunstancias imprevistas del menor o del dependiente. Esto es, el criterio en cuestión no redundaría claramente en un mejor rendimiento de la oferta ni en la calidad de la prestación del servicio.

Por lo que se refiere a las medidas de flexibilización de la jornada laboral, si no se vinculan dichas medidas a un plan de empresa que garantice que su aplicación no impactará negativamente en la prestación del servicio, dichas medidas podrían ser perjudiciales a su ejecución y a la calidad de este. Piénsese que la seguridad y la vigilancia exigen en principio que todo el personal necesario se encuentre desarrollando sus funciones y que la existencia de una franja horaria móvil de uso voluntario y a criterio del trabajador, pondría en peligro la seguridad, al generar brechas de seguridad de difícil previsión y solución para la empresa prestataria del servicio.

Las razones anteriores conducen a estimar el recurso con relación a este criterio de adjudicación.



Atendido todo lo anterior, se estima el recurso en lo atinente a los criterios de adjudicación, los cuales se anulan:

- *“La empresa dispone de un Plan de inserción socio laboral de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social para el personal de la CNCM de Madrid. 2 puntos.*
- *La empresa dispone de un Plan de conciliación de la vida laboral y profesional aplicable al personal que realice la prestación del servicio objeto del contrato, que se desarrolla en los puntos siguientes. Total: 6 puntos.*
 - *Centros de educación infantil de primer ciclo u otros servicios o establecimientos de ocio, atención y cuidado de menores: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, plazas en centros de educación infantil de primer ciclo u otros servicios o establecimientos de ocio, atención y cuidado de los menores que residan en el domicilio de los trabajadores, durante el tiempo en que éstos realicen su jornada de trabajo.

- *Servicios de atención a personas con discapacidad o en situación de dependencia en centros de día o centros especializados: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, plazas en centros de día o en centros especializados de atención a personas con discapacidad o en situación de dependencia que residan en el domicilio de los trabajadores, durante el tiempo en que éstos realicen su jornada de trabajo.

- *Plan para la flexibilización, adaptación o reasignación de servicios y horarios en función de las necesidades de conciliación: 2 puntos.*

Las empresas licitadoras ofertarán a los trabajadores que van a prestar el servicio, una serie de mejoras u opciones, destinadas a potenciar la flexibilización, adaptación o reasignación de las funciones del puesto de trabajo



y horario, atendiendo a las circunstancias o necesidades particulares de cada uno, en aras de la conciliación familiar”.

Por el contrario, se desestima el recurso con relación al criterio de adjudicación:

- *“La empresa dispone de Plan de gestión preventiva dirigida al control y mejora de la salud aplicable al personal que realice la prestación del servicio objeto del contrato, de forma periódica en función a los riesgos inherentes de los puestos de trabajo de vigilante de seguridad, que incluya protocolos médicos de prevención y vigilancia de la salud física y psíquica con el objetivo de garantizar la calidad de los servicios. 2 puntos”.*

Estimación parcial del recurso y consiguiente anulación de las cláusulas con los efectos previstos en el artículo 57.2 in fin de la LCSP.

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 por D. C.M.G, en representación de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES), contra los Pliegos que han de regir la adjudicación del contrato de *“servicios de vigilancia y el servicio de mantenimiento de los equipos de seguridad y servicios auxiliares de seguridad complementarios en los edificios de las sedes de la CNME de Madrid y Barcelona y el servicio de protección personal y conducción de seguridad para la CNMC”*, con expediente 230325, convocado por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), y anular los siguientes *“criterios sociales”* (criterio 2 de los apartados 12.2.1 -Lote 1- y 12.2.2 -Lote 2- del Cuadro de Características del PCAP) con los efectos establecidos en el artículo 57.2 de la LCSP:

- *La empresa dispone de un Plan de inserción socio-laboral de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión.*



- *La empresa dispone de un Plan de Conciliación de la vida laboral y profesional aplicable al personal que trabaja en la empresa y por extensión al que realice la prestación del servicio objeto del contrato, en su totalidad.*

Segundo. Levantar la suspensión con arreglo al artículo 57.3 LCSP.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES