

Barcelona, 29 de gener 2020

Resolució núm.: 30/2020 (recurs N-2019-306)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor B.D.P en nom i representació de la societat INTEGRÀ MANTENIMENT GESTIÓ I SERVEIS INTEGRATS, CENTRE ESPECIAL DE TREBALL CATALUNYA, SL, contra el plec de clàusules administratives particulars de la licitació del servei de porteria a les instal·lacions de l'EMPRESA MUNICIPAL MIXTA D'AIGÜES DE TARRAGONA, SA, licitat per aquesta entitat (expedient SEC 20185 87), aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 10 de juliol de 2019, l'EMPRESA MUNICIPAL MIXTA D'AIGÜES DE TARRAGONA, SA (en endavant, EMATSA) va publicar l'anunci de la licitació de referència en el perfil del contractant allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual va posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altres documents contractuals.

Es va fixar el valor total estimat del contracte en 375.000,00 euros, sense divisió en lots.

SEGON. En data 25 de juliol de 2019, INTEGRÀ MANTENIMENT GESTIÓ I SERVEIS INTEGRATS, CENTRE ESPECIAL DE TREBALL CATALUNYA, SL (d'ara endavant, INTEGRÀ) va presentar al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra el PCAP d'aquesta licitació.

En síntesi, el recurs impugna els dos criteris d'adjudicació socials de ponderació automàtica establerts a la clàusula catorzena del PCAP (estabilitat laboral i d'ocupació i millora de les condicions salarials), per entendre que no estan vinculats a l'objecte del contracte ni són necessaris per garantir l'execució del contracte, són contraris a la Llei 9/2017, de 8 de

novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP) i li impedeixen presentar una proposició en condicions d'igualtat, no discriminació i competència.

Per aquest motiu, sol·licita que, prèvia la suspensió del procediment de contractació, s'anul·lin els dos criteris d'adjudicació impugnats i es retrotragui l'expedient al moment immediatament anterior a l'aprovació del PCAP, a fi que l'òrgan de contractació n'aprovi un de nou amb un contingut conforme a dret.

TERCER. En data 30 de juliol de 2019, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a l'òrgan de contractació i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb l'article 56.2 de la LCSP, l'article 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (RD 814/2015).

Aquesta documentació va tenir entrada al Tribunal l'1 d'agost de 2019.

En l'informe, EMATSA s'oposa al recurs i en sol·licita la desestimació, sobre la base, en síntesi, de defensar que s'està davant un contracte amb un component, gairebé únic, de despesa de personal i de tracte directe amb les persones, en el qual es vol preservar la continuïtat del personal que ve executant materialment el contracte amb aquests criteris d'estabilitat laboral i millora salarial, que entén vinculats a l'objecte del contracte i no suposen un tracte desigual de les potencials empreses licitadores.

EMATSA no s'oposa a l'adopció de la mesura cautelar de suspensió sol·licitada en el recurs.

QUART. Obert el període d'al·legacions al recurs a les interessades, segons les dades facilitades per l'òrgan de contractació, cap va fer ús del tràmit.

CINQUÈ. El procediment de contractació resta suspès en virtut de la Resolució S-64/2019, de 25 de setembre de 2019.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1.a) de la LCSP.

TERCER. El recurs s'ha presentat contra el PCAP que ha de regir la licitació, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació segons l'article 44.2 a) de la LCSP.

QUART. INTEGRÀ es declara una empresa del sector objecte de la licitació que té interès a participar en la licitació, per bé que entén que els criteris impugnats no li ho permeten en condicions d'igualtat i competència.

Amb aquestes dades, aquest Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini legal de quinze dies hàbils establert a l'article 50.1 b) de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Entrant a analitzar les al·legacions materials del recurs, s'està davant un contracte de serveis identificat en el PCAP amb el codi de la nomenclatura del vocabulari comú dels contractes públics (CPV) "98341120-2 Serveis de porteria", que no es correspon amb cap dels

identificats com a serveis especials en l'annex IV de la LCSP i que, en concret, segons descriu la clàusula segona del PPT, comprèn les prestacions següents:

SEGONA. DESCRIPCIÓ DELS TREBALLS

Els serveis els portarà a terme personal de porteria o auxiliar anàleg que ha de complir les funcions següents:

- Informació i control als accessos a les instal·lacions, inclòs la guarda i custòdia de les claus, l'obertura i el tancament de portes, l'ajuda en l'accés de persones o vehicles, el compliment de la normativa interna de les instal·lacions, així com l'execució de tasques auxiliars o subordinades d'ajut i socors, totes elles realitzades a les portes i a l'interior de les instal·lacions:
 - Control d'entrades i sortides del personal d'EMATSA.
 - Control d'entrades i sortides de les persones que no pertanyen a l'organització, que hauran de passar per recepció i acreditar-se.
 - En el cas de subcontractistes, EMATSA identificarà i informarà de quines empreses estan subcontractades i, per tant, tenen permís d'entrada. Informarà sobre el personal i horari del mateix que treballarà dins del recinte i de la durada prevista dels treballs subcontractats. No obstant això, consignarà en el comunicat d'Entrades/Sortides la identificació de les persones, hores d'entrada i sortida i empresa a la que pertanyen, encara que no haurà de demanar autorització per deixar-los accedir, sempre que es mantinguin dins dels límits de temps prèviament comunicats i EMATSA no hagi comunicat el contrari.
- Tasques de recepció, comprovació de visitants i la seva orientació, comprovació d'entrades, documents o identificacions a les instal·lacions.
- Es requerirà a la persona destinada a aquest servei amabilitat, do de paraula, imprescindible conèixer el català i un cert grau de lògica i desimboltura per contestar correctament a les persones que vinguin a EMATSA, prendre notes en cas d'absència de la persona requerida, adreçar i informar correctament les persones, atendre amb correcció i donar una bona imatge a les persones que arribin a les instal·lacions d'EMATSA.
- Control de trànsit en zones reservades o de circulació restringida a l'interior de les instal·lacions.
- Comprovació i control de l'estat i funcionament de les instal·lacions en general (climatització, enllumenat, etc), per tal de garantir-ne la conservació i bon funcionament.
- Recepció i distribució de la correspondència adreçada a l'empresa.
- Informació immediata a EMATSA, a través del coordinador del servei, de les incidències que es produeixin durant la prestació del servei.
- Lliurament mensualment d'un informe del servei realitzat, on s'inclouran totes les dades preses durant la realització del servei (control d'entrades i sortides, aprovisionament, servei telefònic...) i qualsevol altra dada que es consideri d'utilitat comunicar a EMATSA. (Les empreses licitadores hauran d'incloure en les seves ofertes, dins del sobre tècnic, un model de registre de control diari. No obstant, EMATSA podrà posar a disposició del contractista, un altre model bé sigui manual o per mitjà d'un programa d'ordinador).

- Adopció de totes les mesures preventives que es considerin necessàries per evitar qualsevol risc en relació a l'objecte del servei.
- Registre d'entrada i sortida de la documentació.
- Destrucció de documentació.

INTEGRA impugna els dos criteris d'adjudicació socials de ponderació automàtica establerts a la clàusula catorzena del PCAP, que són els següents:

CATORZENA. CRITERIS D'ADJUDICACIÓ

Criteris de valoració de les ofertes

Per a la valoració de les proposicions s'atendrà als criteris següents:

Criteris avaluables mitjançant fórmula:

(...)

- *Clàusula social: Per afavorir l'estabilitat laboral i d'ocupació. Pel compromís de mantenir, durant tot el període d'execució dels serveis, els actuals contractes de treball, subrogant-se, en el seu cas, en TOTS els contractes existents: 20 punts*
- *Clàusula social: Millora de les condicions salarials: fins a 10 punts
Millora de les condicions salarials del personal partint de les actuals taules publicades en el plec de condicions tècniques:*
 - *1% de millora salarial: 2 punts*
 - *2% de millora salarial: 4 punts*
 - *3% de millora salarial: 6 punts*
 - *4% de millora salarial: 8 punts*
 - *5% de millora salarial: 10 punts*

(...)

La part recurrent sosté que els dos criteris d'adjudicació controvertits no estan vinculats a l'objecte del contracte i no són idonis per a seleccionar l'oferta més avantatjosa en tractar-se de circumstàncies que no incideixen directament ni indirecta en el procés productiu.

Per contra, l'òrgan de contractació advoca per l'adequació d'aquests criteris a la LCSP en tant que es justifica la seva vinculació a l'objecte del contracte amb l'objectiu de garantir una major qualitat en la prestació del servei, des del punt de vista de l'estabilitat laboral i la millora salarial.

SETÈ. Respecte de la qüestió que es debat, tal com han anat recollint la doctrina dels tribunals de recursos contractuals d'ençà les resolucions 86/2018 d'aquest Tribunal i 198/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre d'altres, les clàusules socials s'han anat incorporant paulatinament en l'ordenament jurídic de la contractació pública en consonància amb la progressiva concepció de la contractació pública com un instrument que contribueixi a desenvolupar polítiques públiques en àmbits com el social, i ho han anat fent en les diferents fases del cicle contractual.

És en la concreta fase de valoració de les ofertes que ens ocupa ara on els requisits que ha vingut assenyalant la jurisprudència i recollint la normativa han obligat a fer-ne una anàlisi minuciosa de cada cas concret.

En el marc normatiu vigent, l'article 145 de la LCSP és el precepte mitjançant el qual el dret espanyol de contractes ha transposat al dret intern els plantejaments i les disposicions de les directives de quarta generació en relació amb l'articulació dels criteris d'adjudicació dels contractes. En la part que ara interessa, aquest article disposa (el subratllat és nostre):

"1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes

de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato. (...)

4. Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.

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. (...)

La interpretació de l'article 145 de la LCSP ha de ser en tot cas conforme amb l'article 67 i els considerants de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, en virtut del principi de primacia del dret comunitari (en aquest sentit, entre d'altres, la Sentència del TJUE de 5 d'octubre de 2004, assumpte C-397/01), que constitueixen el marc interpretatiu d'obligada referència a l'hora d'analitzar i determinar la interpretació i abast de l'aplicació adient del dret intern (també en aquest sentit, entre d'altres, les resolucions 112/2019 d'aquest Tribunal i 235/2019 del TACRC).

Procedeix, doncs, recordar el contingut del l'articulat i els considerants referits al tema que ocasiona la controvèrsia en aquest cas.

D'una banda, l'article 67 de la Directiva 2014/24/UE, disposa el següent (el subratllat és nostre):

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

2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:

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

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o

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

El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad.

Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.

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

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

4. Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una 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, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente.

Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios.”

Per altra banda, dins dels nombrosos considerants de la Directiva 2014/24/UE amb incidència en consideracions socials, cal portar a col·lació, en primer terme, el considerant 89 en relació amb la noció de criteris d'adjudicació (el subratllat és nostre):

“La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos «oferta económicamente más ventajosa» como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas. Para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la «oferta económicamente más ventajosa» en las Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE, procede utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: la «mejor relación calidad-precio». Por consiguiente, se debe interpretar con arreglo a la jurisprudencia relativa a dichas Directivas, salvo cuando exista una solución material y claramente diferente en la presente Directiva.”

Complementada aquesta argumentació amb el que refereix el considerant 90 de la Directiva sobre les condicions dels criteris d'adjudicació (el subratllat és nostre):

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

També el considerant 92 de la Directiva, el qual determina sobre què rau la comparativa que els criteris d'adjudicació han de permetre efectuar, això és, el nivell de rendiment, i situa l'avaluació comparativa en relació amb el nivell de rendiment de cada oferta i respecte de l'objecte del contracte, tal i com està definit en les especificacions tècniques (el subratllat és nostre):

“Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades.

Los criterios de adjudicación elegidos no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y deben asegurar la posibilidad de una competencia real y equitativa e ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores.

Para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, la decisión relativa a la adjudicación del contrato no debe basarse únicamente en criterios no relacionados con los costes. Por ello, los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del poder adjudicador, podría ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. No obstante, los criterios de adjudicación no deben afectar a la aplicación de las disposiciones nacionales que determinan la remuneración de determinados servicios o establecen precios fijos para determinados suministros.”

I el considerant 94, que refereix l'avaluació del personal adscrit a l'execució del contracte únicament a l'organització, la qualificació i l'experiència (el subratllat és nostre):

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

económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad.”

Així mateix, el considerant 98, i en relació amb la salvaguarda del dret intern en allò que fa referència a les quanties del salari mínim, disposa (el subratllat és nostre):

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

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

En definitiva, tots els criteris d’adjudicació, d’acord amb la Directiva 2014/24/UE, entre d’altres requeriments, s’han de formular de forma objectiva, és a dir, han d’estar referits o vinculats a l’oferta que es formula per a l’execució de l’objecte del contracte, i de forma respectuosa amb els principis d’igualtat, no discriminació, transparència i proporcionalitat; han de permetre avaluar el rendiment de cada oferta en relació amb l’objecte del contracte, d’acord amb les prescripcions tècniques establertes, i han de garantir que les ofertes puguin ser avaluades en condicions de competència efectiva.

VUITÈ. De la normativa ressenyada s’extreu que els criteris d’adjudicació han d’acomplir els requisits que assenyala l’article 145 de la LCSP, interpretat conformement amb l’article 67 i els considerants de la Directiva 2014/24/UE, i l’acompliment d’aquests requisits necessita una

justificació en l'expedient de contractació ex article 116.4 c) de la LCSP per poder ésser apreciats en cada cas.

Aquesta qüestió no resulta fútil, en tant que la memòria o informe justificatiu del contracte, tal com aquest Tribunal ja ha tingut l'ocasió de pronunciar-se en diverses ocasions (per totes, les resolucions 266/2019, 91/2019, 88/2019, 76/2019 i 303/2018), no constitueix cap formalisme legal, sinó el document en què ha de quedar plasmada la motivació de la discrecionalitat tècnica de l'òrgan de contractació en el disseny dels elements estructurals del contracte i del seu procediment d'adjudicació, per tal de justificar que són els idonis per satisfer les necessitats de la contractació ex article 28 de la LCSP.

És més, el contingut de la justificació no pot consistir exclusivament en una referència genèrica o imprecisa o en una simple hipòtesi en relació a la vinculació entre l'objecte del contracte i el criteri d'adjudicació.

Doncs bé, en el cas examinat, concorre una **inexistent motivació i anàlisi dels criteris d'adjudicació proposats en el PCAP en la memòria justificativa del contracte** ni en cap altre document dels que figuren en l'expedient de contractació tramès al Tribunal, sobre la base de la qual aquest Tribunal pogués arribar a apreciar una vinculació entre el manteniment i subrogació en tots els contractes laborals existents i la millora salarial del personal adscrit al servei amb l'objecte del contracte, així com l'acompliment de la resta dels requisits normatius dels criteris d'adjudicació, atès que l'informe de justificació d'aquest expedient de contractació (document 1) es limita a reproduir idènticament els criteris d'adjudicació en els mateixos termes en què es troben indicats en el PCAP, sense argumentar l'elecció dels criteris ni contenir cap explicació que permeti apreciar el compliment dels requisits que s'han exposat.

Aquestes consideracions fan decaure la discrecionalitat tècnica que gaudeix l'òrgan de contractació en el disseny i configuració dels elements estructurals del contracte i són suficients per portar a l'estimació del recurs, com aquest Tribunal ja ha conclòs en supòsits anàlegs (per totes, les resolucions 12/2020, 318/2019 i 112/2019).

La manca de motivació dels criteris d'adjudicació impugnats no queda esmenada en l'informe de l'òrgan de contractació aportat en aquest procediment de recurs, que se centra a exposar que aquest contracte conté un component de mà d'obra de caràcter intensiu i íntimament vinculat amb el tracte directe a les persones en el qual es vol assegurar la màxima continuïtat i mínima mobilitat de les persones que l'executaran materialment, i que es tracta en tot cas de criteris d'adjudicació o valoració de les ofertes que les empreses lliurement poden oferir o no.

Aquesta motivació a destemps de l'òrgan de contractació tampoc no permet acreditar la legalitat dels criteris d'adjudicació impugnats, d'acord amb la normativa, doctrina i jurisprudència aplicables als objectes de valoració.

- I. Pel que fa al criteri social d'estabilitat laboral i d'ocupació a través del manteniment i subrogació en tots els contractes de treball, convé recordar el criteri reiterat segons el qual la subrogació és una mesura d'estabilitat laboral que no resulta disponible per a l'òrgan de contractació i, en l'àmbit de la contractació pública, té la seva regulació específica en l'article 130 de la LCSP.

En efecte, d'acord amb aquest precepte, que recull els postulats de la doctrina fins al moment, la subrogació laboral entrarà en joc, en el seu cas i en fase d'execució del contracte, quan així ho imposi a l'adjudicatari "*una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general*", essent l'obligació dels plecs en fase de licitació únicament informativa de les condicions del personal que ve prestant el servei, a fi que les empreses licitadores puguin conèixer-les i tenir-les en compte a l'hora d'elaborar les seves ofertes, per al cas que finalment tingui lloc la mesura de la subrogació laboral (entre moltes altres, resolucions 293/2018, 59/2018, 47/2018, 115/2017, 79/2017, 76/2017, 48/2016, 157/2015, 159/2014 i 61/2014 i resolucions del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 662/2018, 668/2017, 576/2017, 405/2017, 1031/2016 i 269/2016, del TACPM 268/2017, 183/2017, 144/2017 i 235/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 76/2017 i 69/2013, que incorporen alhora doctrina anterior, i sentències del Tribunal Suprem-Sala Social de 12 de desembre de 2017 i 23 de gener de 2017, del Tribunal Suprem-Sala Contenciosa Administrativa de 23 de gener de 2017 i de l'Audiència Nacional de 14 de setembre de 2016).

D'acord amb aquest marc jurídic, mentre que el contingut de l'annex I del PPT ("*Informació condicions contractes laborals existents*") respectaria *prima facie* el mandat informatiu de l'article 130 de la LCSP, el manteniment i subrogació en tots els contractes de treball establerts com a criteri d'adjudicació en la clàusula catorzena del PCAP excedeix de l'àmbit disponible per l'òrgan de contractació.

- II. Pel que fa al criteri social referent a la millora salarial, cal recordar l'evolució doctrinal d'aquest Tribunal i també altres òrgans i tribunals de recursos i òrgans jurisdiccionals, el parer dels quals, en un criteri d'aquestes característiques, analitzat sota l'aplicació

del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, va ser que no tenia empara normativa (en aquest sentit, entre d'altres, les resolucions 86/2018 i 124/2017 del Tribunal, 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía - TARCJA-, 445/2017, 1059/2016 i 600/2016 del TACRC i les sentències 181/2019, 136/2018 i 220/2016 del Tribunal Superior de Justícia de la Comunidad de Madrid, i 64/2018 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja).

En aquests moments, ja sota la vigència de la LCSP, la complexa configuració de l'article 145 de la LCSP fa que el terreny de joc segueixi essent poc favorable a les respostes unívocues. Certament, la disparitat de posicions sobre la qüestió dista de ser superada perquè, una vegada ha estat admesa, amb caràcter general, la possibilitat d'establir criteris d'adjudicació que incorporin millores socials sempre i quan dites millores guardin relació amb l'objecte del contracte i resultin proporcionals, la diferència interpretativa rau encara, majoritàriament, en l'apreciació o no de la vinculació del criteri d'adjudicació referit a una millora social en relació amb l'objecte del contracte, i això en els termes establerts per la Directiva 2014/24/UE (en aquest sentit, les resolucions 318/2019 i 112/2019 del Tribunal).

Així, admès que, per aplicació de la Directiva 2014/24/UE, els criteris d'adjudicació, tots ells, han de ser objectius, una part majoritària de la doctrina dels tribunals de recursos interpreta que, a més i en tot cas, han de permetre l'avaluació del rendiment de cada oferta en relació amb l'objecte del contracte tal i com aquest està definit en el PPT, la qual cosa, realment, implicaria que a determinades consideracions socials, com la que és objecte de controvèrsia, difícilment se'ls podria reconèixer el requisit de vinculació en termes d'incidència en el rendiment de l'objecte contractual.

De fet, l'article 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, en concordança amb els considerants de la Directiva, no fa referència, dintre dels exemples de criteris d'adjudicació socials, a les condicions salarials; és més, com a paràmetres de mesura de la qualitat del personal encarregat d'executar el contracte, únicament es refereix a l'organització, la qualificació i l'experiència d'aquest personal.

A aquesta línia respon la doctrina del TACRC (entre d'altres, en les resolucions 897/2019, 235/2019, 334/2019 i 660/2018). Així, en l'esmentada Resolució 235/2019, el TACRC va afirmar:

*“De lo expuesto hasta ahora, resulta que solo pueden establecerse como **criterios de adjudicación** aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una **evaluación comparativa del nivel***

de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas.

Con arreglo a la Directiva 2014/24, solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Además, algunas consideraciones están limitadas en su aplicación, como los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, y otras solo pueden operar como condiciones especiales de ejecución.”

I el TACRC no admet que les millores salarials impliquin també *per se* un augment del nivell de rendiment del contracte o de la seva execució (es tractava d'un servei de salvament, vigilància, socorrisme, seguretat i atenció personalitzada al bany assistit en les platges) ni el valor econòmic de l'oferta, que és el que exigeix la Directiva 2014/24/UE per a què un criteri d'adjudicació resulti admissible. Addicionalment, posa en relleu l'eventual desigualtat en l'aplicació del criteri quan una empresa ja estigui retribuïnt per sobre del llindar mínim establert pel conveni.

Aquesta mateixa línia doctrinal han seguit altres tribunals de recursos, com ara, l'expressada en les resolucions 150/2019 del TARCJA i 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía.

Altrament, en la línia seguida, essencialment, pel Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre d'altres, en les seves resolucions 130/2019, 108/2019, 81/2019, 308/2018, 291/2018 i 33/2018, pot resultar possible una altra perspectiva si s'admet que el rendiment de les ofertes no ha d'estar referit exclusivament al concepte tècnic i econòmic d'aquelles en la seva noció tradicional, sinó que pot referir-se a factors socials implicats en els processos de producció, prestació o comercialització de l'objecte del contracte. I és en aquesta escaleta interpretativa on, exclusivament en funció de la justificació esgrimida per l'òrgan de contractació en cada cas concret, podria arribar a apreciar-se una vinculació prou determinant entre el criteri d'adjudicació i l'objecte del contracte en el sentit indicat per l'article 145 de la LCSP, degudament interpretat d'acord amb la Directiva 2014/24/UE.

És igualment cert que, en relació amb aquesta posició invocada per l'òrgan de contractació en el present cas examinat, el Tribunal Superior de Justícia de Madrid ha establert una reiterada doctrina (en aquest sentit, entre d'altres, les sentències 181/2019, 136/2018 i 220/2017) segons la qual, essència, el text comunitari de referència –la Directiva 2014/24/UE– no inclou cap menció a una millora social com la controvertida i considera que és una mesura susceptible de crear desigualtats i distorsions entre els licitadors amb efecte discriminatori, ja que:

- 1) els costos laborals en aquests tipus de contractes són, de fet, la part essencial del preu, de forma que beneficia a les empreses amb una major capacitat de finançament –propi o aliè– la qual cosa no està vinculada a l'objecte del contracte ni reporta benefici per al servei;
- 2) la proporcionalitat del percentatge del criteri;
- 3) l'avantatge per a les empreses que milloren els salaris, la qual cosa repercuteix en el cost per a l'Administració, però sense que el servei es vegi beneficiat;
- 4) pot resultar discriminatori per aquelles empreses que hagin utilitzat la facultat de despenjar-se del conveni sectorial d'aplicació, amb vulneració del sistema de fonts que regeix la relació laboral, en la mesura que el contracte administratiu esdevé una font de creació d'obligacions i drets de les relacions laborals, fora de les previsions de l'article 3 del Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors.

Adicionalment a tot això, també segueix plantejada la qüestió en relació amb l'impacte econòmic directe d'aquest criteri en les ofertes a presentar per les empreses licitadores –la qual cosa pot contravenir la determinació de l'oferta econòmicament més avantatjosa– i, ultra això, en els casos en els quals pugui operar la subrogació del personal adscrit a l'execució del contracte, l'impacte progressiu d'aquesta mesura en la consolidació de la despesa associada a la prestació del servei, amb la consegüent contravenció d'allò exigít, en particular, en l'article 7 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera (LOEPSF), que, en desenvolupament del principi d'eficiència en l'assignació i la utilització dels recursos públics, indica, entre d'altres determinacions, que els contractes i qualsevol altra actuació que afecti a les despeses o ingressos públics presents o futurs *“han de valorar les seves repercussions i efectes, i supeditar-se de forma estricta al compliment de les exigències dels principis d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera”*.

Arribats a aquest punt, i tenint en compte el conjunt de normativa, jurisprudència i doctrina exposats, aquest Tribunal entén, tal com va reflectir recentment en la Resolució 359/2019, que l'article 145 de la LCSP permet l'establiment de criteris socials que tinguin per finalitat la millora de les condicions salarials, sempre i quan existeixi vinculació amb l'objecte del contracte i, a més, en el seu cas, permeti la materialització de la finalitat social de millora de la qualitat de l'ocupació que el fonamentaria, resultant indispensable, per tant, l'adequada justificació de tots aquests aspectes en l'expedient de contractació (en aquest sentit, l'Informe 6/2018 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya), que no pot passar per la generalització que unes millors condicions laborals i/o salarials impliquen, en tot cas, una millor qualitat o un millor rendiment en la prestació dels serveis, fins i tot quan aquests s'estructuren entorn a la prestació de mà d'obra.

En altres paraules, aquesta finalitat queda limitada, en tot cas, per l'apreciació, en cada cas específic, de la necessària vinculació amb l'objecte del contracte, si més no, en termes de qualitat o de rendiment de les prestacions, tal i com s'indica en la Directiva 2014/24/UE.

Així, s'ha d'efectuar una anàlisi de cada cas concret sobre la base dels elements que en la memòria justificativa corresponent indiqui *ad hoc* i motivi raonablement l'òrgan de contractació, extrems que no concorren en el cas examinat, com s'ha vist, i que tampoc no aborda adequadament l'informe de l'òrgan de contractació aportat a aquest procediment, per poder dilucidar si el criteri controvertit s'ajusta al marc normatiu que resulta d'aplicació.

Ultra això, addicionalment al requisit de la vinculació amb l'objecte del contracte -i als generals exigibles a tots els criteris d'adjudicació-, el criteri ha de respectar els principis rectors de la contractació pública i, per això, cal, si més no, tal com aquest Tribunal també va indicar en la Resolució 112/2019, que la ponderació assignada no resulti desproporcionada, que el mecanisme de valoració de les millores sigui objectiu -estigui referit a índex homogenis- i que el criteri operi amb un topall màxim prefixat, és a dir, resulti acotat quant al plantejament de la millora.

En conseqüència, la manca de justificació per l'òrgan de contractació dels criteris d'adjudicació impugnats, en els termes que s'han exposat, porta aquest Tribunal a haver d'estimar el recurs interposat per INTEGRA i, en la seva virtut, anul·lar els criteris d'adjudicació social fixats en la clàusula catorzena del PCAP (estabilitat laboral i d'ocupació i millora de les condicions

salaries), havent d'ajustar l'òrgan de contractació la nova licitació que convoqui als requisits legalment establerts.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Estimar el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor Sr. B.D.P en nom i representació de la societat INTEGRÀ MANTENIMENT GESTIÓ I SERVEIS INTEGRATS, CENTRE ESPECIAL DE TREBALL CATALUNYA, SL, contra el plec de clàusules administratives particulars de la licitació del servei de porteria a les instal·lacions de l'EMPRESA MUNICIPAL MIXTA D'AIGÜES DE TARRAGONA, SA, licitat per aquesta entitat (expedient SEC 20185 87).
- 2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 25 de setembre de 2019.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- L'òrgan de contractació haurà de donar compte al Tribunal de les actuacions adoptades per donar compliment a aquesta resolució, de conformitat amb el previst en l'article 57.4 de la LCSP.
- 5.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 29 de gener de 2020.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Aream
Presidenta