

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de diciembre de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de obras “Recogida de aguas pluviales entre el ensanche de Vallecas y el ámbito UZPP 02.04 Los Berrocales, a adjudicar por procedimiento abierto” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2019/00773, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en la Plataforma de Contratación del sector Público publicado el 7 de noviembre de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 3.599.049,64 euros.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso que el apartado 20 del anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece, entre otros criterios de adjudicación, el siguiente:

“B.3.Criterios sociales.....hasta 5 puntos

Se otorgarán un máximo de 5 puntos a la empresa licitadora que acredite haber formalizado en los últimos tres meses, previos a la fecha fin de presentación de ofertas, al menos un contrato por tiempo indefinido y manifieste por escrito un compromiso de que dicho contrato va a continuar en vigor durante el plazo total de ejecución de las obras siempre que dicho contrato se haya suscrito con una persona incluida dentro de uno de los siguientes colectivos:

- Contrato a personas que se encuentren dentro de algún colectivo con riesgo de exclusión social.*
- Contrato a personas que se encuentren dentro del colectivo de parados de larga duración.”*

Tercero.- El 28 de noviembre de 2019 tuvo entrada en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la CNC, en el que solicita la anulación del criterio contenido en el apartado 20.3 B del Anexo I PCAP por las razones que expone en su recurso.

El 5 de diciembre de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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), solicitando la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal de fecha 5 de diciembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas

y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una asociación representante de los intereses colectivos del sector *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones fueron publicados el 7 de noviembre de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 28 de noviembre, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 de euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la inclusión de un criterio de adjudicación de carácter social que valora haber contratado, con contrato indefinido, en los tres meses anteriores al plazo de presentación de proposiciones, al menos a una persona que se encuentre dentro de los colectivos que se indican en el pliego.

La recurrente alega que el mencionado criterio *“debe ser declarado nulo o ser anulado, y con él el PCAP, por infringir y quebrantar:*

1. La jurisprudencia del TJUE sobre los criterios de adjudicación, en especial con su vinculación al objeto del contrato, conforme a lo previsto en los artículos 2.20, 67.3 y 68 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva

2004/18/CE (en adelante Directiva 2014/24); y el artículo 1.1 y 145.2 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 (en adelante LCSP).

II. Los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, los artículos 1.1, 132.1 y 145.5 de la LCSP y los artículos 18.1, 76.1 y 67.2.a de la Directiva 2014/24.

III. El principio de proporcionalidad en el establecimiento de los criterios de adjudicación y de eficacia en su actuación en el cumplimiento de los objetivos fijados. Los artículos 145.5 de la LCSP y 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

IV. Los principios de proporcionalidad en el establecimiento de los criterios de adjudicación, de la vinculación de estos con el objeto del contrato, de la selección de la oferta económicamente más ventajosa y de proporcionar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Los artículos 1.3 y 145.5 de la LCSP.

V. El principio de libertad de empresa y el artículo 38 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978”.

Concretamente argumenta que los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato lo que entienden que no se da en este caso y además añade que “el requisito de vinculación directa con el objeto del contrato aleja de esta esfera los criterios relativos a la situación corporativa de la empresa, esto es, a su configuración “ex ante”, pues es muy complicado imaginar algún escenario en que tal circunstancia tenga relación con el proceso específico de producción o ejecución de las obras o con la prestación de servicios.

Un criterio como el recurrido, que para su valoración se exige que, antes de concluir el plazo para la presentación de ofertas y, lo que es más grave, antes de que la empresa conozca que la licitación existe, con su publicación en la correspondiente plataforma de contratación del sector público, la empresa esté conformada por un número de trabajadores indefinidos provenientes de determinados tipos de sectores, afecta a la situación corporativa de la empresa, esto es, a su configuración “ex ante”,

y, en consecuencia, quebranta el principio de vinculación directa de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato y es contrario a los principios de igualdad y no discriminación y a lo dispuesto en los artículos 67.2.a y 3 de la Directiva 2014/24 y 1.1; 132.1: y 145 en sus apartados 2º, 5º y 6º de la LCSP.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en numerosas ocasiones que las cualidades subjetivas de las empresas licitadoras no pueden utilizarse como criterio de adjudicación. Ejemplo de ello es la STJUE de 12 de noviembre de 2009, (as. 199/2007, Comisión contra República helénica), en la que se afirma tajante que se “trata de criterios referidos a la aptitud de los licitadores para ejecutar este contrato y que no tienen por tanto la cualidad de criterios de adjudicación”.

El órgano de contratación en su informe alega que “a través de la incorporación de cláusulas sociales, la contratación pública tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos los ciudadanos en aras a la inserción social. La apreciación de si un criterio de adjudicación está o no vinculado al contrato resulta una cuestión controvertida, hay criterios de adjudicación cuya vinculación al objeto del contrato no es tan evidente. Una aproximación a esta vinculación la encontramos en la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 600/2016, de 22 de julio, según la cual “el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no, con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas”. En el caso concreto que nos ocupa, se puede considerar que dicho criterio aporta valor al objeto del contrato, o a su uso o finalidad, entendiéndose que se puede derivar de la contratación de personal englobado en los colectivos mencionados, una mejor prestación del servicio ofertado, resultando por lo tanto una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”.

En cuanto a la configuración temporal del criterio se señala lo siguiente: “Otro de los argumentos empleados para indicar que se trata de un criterio discriminatorio

es que se valore el hecho de disponer de un contrato con las características definidas previo a la fecha fin de presentación de ofertas. Indican que no pueden conocer el criterio antes de la licitación y por tanto se refiere a la configuración “ex ante” de la empresa. Ante este razonamiento, cabe indicar que obviamente tampoco se conocería, previo a la licitación, si se valorase un determinado sello o certificado de calidad, criterio éste bastante usual en las licitaciones. En este caso, tampoco se conoce previamente a la licitación, y una vez solicitado para su valoración el licitador no estará en disposición de conseguirlo por falta de tiempo.

Por otra parte, cabe puntualizar que se exige dicho requisito previo a la fecha fin de presentación de ofertas y no previo al inicio de la licitación”.

Finalmente añade que “la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación, como la que la recurrente pretende eliminar del PCAP, en virtud de los cuales se incorporan aspectos de política social, forman parte de la Contratación Pública Sostenible. Las cláusulas sociales, en concreto, tienen plena relevancia jurídica para la adjudicación ya que gracias a estas cláusulas la Administración Pública utiliza la contratación para una finalidad “social” y no sólo para adquirir un bien, un servicio o ejecutar una obra. Es por ello, que la cláusula que la recurrente discute, se introduce como un criterio de adjudicación social, cuyo contenido, va dirigido a la contratación de personas con problemas, básicamente, de acceso al mercado laboral.

Los beneficios que ofrece su inclusión y apoyando lo anterior, se afirman en la Sentencia del TS de 23 de mayo de 1997, siendo bastante clarificante al respecto: La administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público”.

Sobre la posibilidad de inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública ya se ha pronunciado este Tribunal, gran parte de la Doctrina, las instituciones comunitarias y el propio y el TJUE en diversas ocasiones, admitiéndose que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otro lado debe recordarse que el artículo 122.2 de la LCSP establece que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares incluirán las consideraciones sociales, laborales y ambientales como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución.

Respecto a los criterios de adjudicación el artículo 145.2 dispone:

“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:

1º. 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 socio laboral 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.

(...).”

En cuanto a la necesaria vinculación con el objeto del contrato de este tipo de criterios ya queda explicitada en el artículo 145.6 de la LCSP y en la Directiva 2014/24/UE, con una nota diferencial sobre el concepto tradicional, entendido como incorporación al contenido material del objeto contractual:

“Artículo 145.6. 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”.

En este punto, es muy importante la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, el Tribunal, en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (Asunto Concordia) señaló que la ventaja económica puede ser indirecta con el objeto de contrato pero directa con los fines públicos perseguidos por la Administración.

Ahora bien, admitiéndose en principio la inclusión de criterios sociales o medioambientales como criterios de adjudicación del contrato, debe analizarse el criterio concreto establecido en este caso para determinar si su configuración tiene cabida en el artículo 145 de la LCSP.

Se valora que la empresa haya contratado con antelación a la finalización del plazo de presentación de proposiciones a alguna persona dentro de determinados colectivos, con contrato indefinido.

Resulta obvio que el criterio no valora una oferta determinada sino una cualidad o característica de la empresa anterior a la licitación, de tal manera que los licitadores difícilmente van a poder acomodar su oferta para cumplir el criterio, aun cuando se les dé como plazo el de presentación de proposiciones o se les amplié el mismo, como dice el órgano de contratación que ha hecho.

La situación previa o concurrente de la empresa no puede ser objeto de valoración en ningún caso puesto que los criterios de adjudicación han de ir referidos a la oferta, artículo 145.6 LCSP que exige que *“se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse”*

En ese sentido es preciso traer a colación el Informe 44/1988 de la Junta Consultiva del Estado que señalaba como no aceptable la valoración en función de la estabilidad de la plantilla ya que se considera que es un criterio de solvencia pero no de valoración de las ofertas.

El propio órgano de contratación en su informe expone que *“obviamente tampoco se conocería, previo a la licitación, si se valorase un determinado sello o certificado de calidad, criterio éste bastante usual en las licitaciones. En este caso, tampoco se conoce previamente a la licitación, y una vez solicitado para su valoración el licitador no estará en disposición de conseguirlo por falta de tiempo.*

Efectivamente, si se exigiese un determinado sello o certificado de calidad sería como requisito de solvencia y no como criterio de adjudicación. En ese sentido ya se ha pronunciado el Tribunal en multitud de ocasiones.

Los medios de acreditar la solvencia vienen establecidos en los artículos 86 y siguientes de la LCSP y no pueden establecerse otros distintos que no vengán

enumerados, por lo que si se pretende introducir un criterio de carácter social debe configurarse de manera que valore una oferta determinada para que los licitadores que quieran obtener la puntuación correspondiente, puedan formular su oferta a través de los compromisos o declaraciones responsables que resulten necesarias.

En base a lo anterior se estima el recurso anulando el criterio B.3 del apartado 20 del Anexo I del PCAP y en base a lo dispuesto en el artículo 122.1 de la LCP, el pliego y el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de obras “Recogida de aguas pluviales entre el ensanche de Vallecas y el ámbito UZPP 02.04 Los Berrocales, a adjudicar por procedimiento abierto” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2019/00773, anulando el criterio B.3 del apartado 20 del Anexo I impugnado, el pliego y el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el día 5 de

diciembre de 2019.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.