

Barcelona, 28 de noviembre de 2019

Resolución núm.: 359/2019 (recurso N-2019-217)

Visto el recurso especial en materia de contratación presentado por la señora S.V.P., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE), contra los pliegos que tienen que regir el procedimiento de contratación del servicio de ayuda a domicilio a los ciudadanos del Prat de Llobregat, atendiendo que este esté profesionalizado, de alta calidad y que coadyuve a la erradicación de la precariedad laboral en el sector con la finalidad de una mejor atención a las personas usuarias (SAD), licitado por el AYUNTAMIENTO DEL PRAT DE LLOBREGAT (expediente 10467/2019), en fecha de hoy, este Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) S93, en fecha 15 de mayo de 2019.

El mismo día se publicó también en el perfil de contratante del AYUNTAMIENTO DEL PRAT DE LLOBREGAT (desde ahora, el Ayuntamiento), alojado en la Plataforma de servicios de contratación pública de la Generalidad de Cataluña, a través de la cual puso a disposición de los interesados los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT), entre otra documentación contractual.

El valor estimado del contrato se fijó en 16.656.746,40 euros, dividido en dos lotes:

- Lote 1: Prat Centre, Ribera Baja y Marina.
- Lote 2: Prat Sant Cosme.

SEGUNDO. En fecha 4 de junio de 2019, la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (en adelante, AESTE) presentó en el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (en adelante, el Tribunal) recurso especial en materia de contratación contra el PCAP de este contrato.

En síntesis, el recurso cuestiona la cláusula IV.5 del mencionado PCAP por entender que vulnera la competencia al regular los criterios de valoración. En concreto, se cuestionan los criterios evaluables automáticamente, que tienen atribuidos 51 puntos sobre 100, particularmente, en aquello relativo al incremento salarial sobre el establecido al convenio colectivo de aplicación y en relación con la mejora de las condiciones de trabajo (contratación a jornada completa). Se aboga que ambos criterios conculcan la libre competencia y no resultan vinculados al objeto del contrato en los términos del artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la cual se invierten 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), ni son necesarios para garantizar la ejecución del contrato.

En relación con el criterio referido a las jornadas laborales (12 puntos), se alega la doctrina de los tribunales de recursos y los pronunciamientos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para concluir que el contrato se vuelve inviable económicamente y que supone una injerencia directa en la potestad organizativa de la empresa. Y enfatiza la falta de justificación objetiva a la parametrización del criterio.

Respecto al criterio de incremento salarial (19 puntos), en resumen, se reitera la falta de vinculación con el objeto del contrato y se enfatiza que la función de los criterios de adjudicación es evaluar la calidad intrínseca de las ofertas.

Finalmente, se alude a la necesidad de que las condiciones sociales no distorsionen la competencia ni introduzcan controles indebidos en la legítima gestión de los intereses empresariales y en la libertad de empresa en una economía social de mercado, con mención de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1156/2016, de 16 de mayo.

Por este motivo, la entidad recurrente solicita, previa la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso, la anulación del PCAP o, subsidiariamente, la corrección de las incidencias manifestadas.

TERCERO. El mismo 4 de junio de 2019, la Secretaría Técnica del Tribunal comunicó el recurso al órgano de contratación y le solicitó la remisión del expediente de contratación y del informe correspondiente, de acuerdo con el artículo 56.2 de la LCSP, el artículo 22 del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el cual se regula el Tribunal y se aprueba su organización y su funcionamiento (Decreto 221/2013), y preceptos concordantes del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el cual se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (RD 814/2015).

En fecha 7 de junio de 2019 tuvo entrada en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación con que se opone al recurso en cuanto al fondo. En síntesis, el Ayuntamiento defiende, en el marco de una contratación con el objeto que incluye coadyuvar a la erradicación de la precariedad laboral en el sector, su correcta tramitación y la inclusión de la correspondiente documentación justificativa, a la hora que la inclusión de criterios de adjudicación focalizados en la obtención de un servicio de calidad.

El consistorio entiende que la entidad recurrente no ha tenido en cuenta el objeto del contrato en el planteamiento de sus alegaciones porque no lo analiza ni tiene en cuenta que no es un servicio estándar sino de alta calidad, lo cual queda reflejado en la memoria justificativa del contrato. Y afirma que la mayor estabilidad en el empleo y las mejoras salariales y laborales no sólo tiene impacto beneficioso en el conjunto de la sociedad, sino que comportará de forma directa la mejora en la calidad del servicio.

Acto seguido, el órgano de contratación expone abastecimiento la normativa, doctrina y jurisprudencia aplicables al establecimiento de aspectos sociales en la licitación afirmando, en síntesis, el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 145 de la LCSP: vinculación con el objeto del contrato, respecto de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Y pide la desestimación del recurso en todos sus extremos, con oposición a la suspensión del procedimiento solicitado por la recurrente.

CUARTO. A requerimiento de la Secretaría Técnica del Tribunal y en el plazo concedido al efecto, en fechas 5, 6 y 10 de junio de 2019, AESTE enmendó el recurso en relación con los datos correspondientes a la dirección electrónica y a la documentación de capacidad y/o representación. Asimismo, se requirió el envío, en su caso, del informe del órgano Interventor.

QUINTO. El procedimiento de contratación queda suspendido por el Tribunal, de acuerdo con el previsto en los artículos 49 y 56.3 de la LCSP y 25.1 del RD 814/2015, por medio de la Resolución S-51/2019, de fecha 23 de julio de 2019.

SEXTO. En fecha 27 de noviembre de 2019, a requerimiento de la Secretaría Técnica del Tribunal, tuvo entrada una comunicación del órgano de contratación mediante la cual se aporta el certificado de existencia de crédito relativo a la licitación de referencia, emitido por el interventor del consistorio el mismo día 27 de noviembre.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver el recurso especial en materia de contratación de conformidad con el artículo 46 de la LCSP, la disposición adicional cuarta de la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras de la Generalidad de Cataluña, y el Decreto 221/2013, de 3 de septiembre.

SEGUNDO. El contrato de servicios de referencia es, visto su valor estimado, susceptible del recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

TERCERO. El recurso se ha presentado contra los pliegos de la licitación, que son un acto objeto del recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 44.2 a) de la LCSP.

CUARTO. Atendiendo el carácter asociativo de la parte recurrente, AESTE ha aportado, junto con sus estatutos reguladores, un certificado acreditativo del acuerdo de su órgano de gobierno favorable a la interposición del recurso, a efectos del análisis de su legitimación, de acuerdo con la doctrina que resulta de aplicación (para todas las resoluciones 280/2019, 93/2019, 59/2018, 40/2018, 13/2018, 163/2017, 142/2017, 124/2017, 194/2016, 61/2016 y 80/2015 de este Tribunal, en consonancia con el resto de tribunales de recursos contractuales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo reflejada, también, por todas, en sentencias de 9 de mayo de 2011, 5 de mayo de 2010 y 5 de noviembre de 2008). Es por eso que el Tribunal aprecia que, en principio, AESTE puede tener derechos e intereses afectados por las condiciones de la licitación que impugna, en la defensa y representación colectiva que se atribuye en el recurso, y, por lo tanto, legitimación activa para interponer el recurso, de acuerdo con los artículos 48 de la LCSP y 16 del Decreto 221/2013.

Su representación también ha quedado acreditada para actuar en este procedimiento de recurso, de acuerdo con el artículo 51.1.a) de la LCSP.

QUINTO. El recurso se ha presentado dentro del plazo legal de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP. También se ha presentado en forma, ya que cumple los requisitos establecidos en el artículo 51.1 de la LCSP.

SEXTO. Entrando a analizar las alegaciones materiales del recurso, AESTE impugna los criterios de adjudicación de ponderación automática establecidos en los apartados 2 y 3 de la cláusula IV.5 del PCAP (Criterios básicos de selección), con las disposiciones siguientes:

IV.5. Criterios básicos de selección

- 1.- **Criterios evaluables de forma automática (hasta 51 puntos) SOBRE C para los dos lotes**

Sólo pasarán a esta fase aquellas propuestas que hayan obtenido un mínimo de 35 puntos en la fase de evaluación de los criterios de juicio de valor.

Núm.	Àrea relevante	Puntuación
1	Precios	De 0 a 20 puntos
2	Propuestas de mejora salarial	De 0 a 19 puntos
3	Propuestas de mejora de las jornadas laborales	De 0 a 12 puntos

Área relevante 2: Propuestas de mejora salarial. Hasta 19 puntos

Qué se valorará?

Partiendo de los salarios brutos del Convenio vigente (IV Convenio colectivo de trabajo de empresas de atención domiciliaria de Cataluña para los años 2015 a 2018 con código de convenio nº.79001525011999) las empresas tendrán que ofertar un porcentaje de mejora salarial. Este porcentaje se aplicará a todos a los profesionales de atención personal, auxiliar del hogar, coordinación técnica y coordinación de gestión y repercutirá sobre el salario base bruto según convenio.

Así pues las empresas tendrán que presentar:

- Porcentaje de aumento salarial = X%

Y sobre esta oferta se aplicará el siguiente escalado para puntuar:

Por cada 1% de incremento salarial ----- 1 punto

Hasta los 19 puntos máximos aplicando incrementos entremedios mediante una regla proporcional.

La subida salarial ofrecida tendrá vigencia desde el inicio del contrato y durante toda la su duración y será absorbida progresivamente por las mejoras salariales que establezca el futuro Convenio colectivo del sector por Cataluña (actualmente en negociación) de manera que las posibles subidas salariales que establezca el Convenio no se sumarán a la subida establecida en el contrato con el Ayuntamiento.

Área relevante 3: Propuestas de mejora de las jornadas laborales. Hasta 12 puntos

El porcentaje actual de personal contratado a jornada completa (37 horas según el convenio colectivo vigente) es actualmente muy bajo (aproximadamente un 14%) y el alto número de contratos a jornadas parciales es uno de los principales motivos de la precarización del colectivo de profesionales. Teniendo en cuenta el objeto del contrato se aplicará el siguiente escalado de puntuación a las empresas que ofrezcan garantizar que los porcentajes de personal contratado a jornada completa al finalizar el segundo año de prestación de servicio:

- **LOTE 1 PRAT**

Por cada 1% de contrato a jornada completa ----- 0,24 puntos

Hasta los 12 puntos máximos aplicando incrementos entremedios mediante una regla proporcional.

- **LOTE 2 SANT COSME**

Por cada 1% de contrato a jornada completa ----- 0,16 puntos

Hasta los 12 puntos máximos aplicando incrementos entremedios mediante una regla proporcional.

Junto con estos criterios evaluables de forma automática se establecen otros sujetos a valoración no automática con una ponderación de hasta 49 puntos, relativos a:

Núm.	Área relevante	Puntuación	Número máximo de portada y páginas de la propuesta (*)
1	Propuestas de mejora de la continuidad de la atención.	De 0 a 8	Portada + 4 páginas
2	Propuestas de mejora de la Formación y competencias profesionales	De 0 a 8	Portada + 8 páginas
3	Propuestas de mejora en la coordinación y supervisión de los trabajadores de atención directa	De 0 a 8	Portada + 4 páginas
4	Propuestas de mejora en la atención integral centrada en la persona	De 0 a 7	Portada + 8 páginas
5	Propuestas de mejora de la información a la persona usuaria y al entorno cuidador.	De 0 a 6	Portada + 4 páginas

6	Propuestas de mejora en la recogida y tratamiento de quejas, reclamaciones, agradecimientos y sugerencias.	De 0 a 6	Portada + 8 páginas
7	Propuestas de mejora en el desarrollo de las tareas	De 0 a 6	Portada + 4 páginas
TOTAL		49 puntos	

Para acabar, conviene tener en consideración que la cláusula I.8 del PCAP dispone:

I.8. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo

*A efectos informativos y para el supuesto de que el adjudicatario esté obligado –por convenio o por cualquier otra norma sectorial o general- a subrogarse, como empresario, en los derechos laborales del personal que presta este servicio, se adjunta, como **anexo 1 del pliego de prescripciones técnicas**, la lista de los contratos, con los datos necesarios para el cálculo de los costes del servicio.*

Por otra parte, la documentación justificativa de la contratación que consta en el expediente indica, en síntesis, como motivación de los criterios controvertidos, el siguiente:

- La voluntad del pleno del Ayuntamiento de mejorar las condiciones salariales de los trabajadores que prestan servicios al Ayuntamiento mediante contratos por empresas (Moción de 1 de junio de 2016), con la finalidad de combatir la precariedad laboral que sitúa muchos trabajadores en situación de pobreza, de reducir las desigualdades salariales y de alcanzar una distribución de renta más justa y una sociedad más cohesionada.
- El SAD es un servicio inmaterial cuyo valor lo componen las personas que trabajan. Conseguir una alta calidad del servicio pasa por incidir directamente en la profesionalización de las personas, fortaleciendo la plantilla con más formación, mayor acompañamiento, mayor estabilidad laboral y mejoras salariales.
- Evitar la rotación del personal de atención, el cual, debido a las condiciones optan por otros sectores o servicios. En este sentido, la Moción del pleno expuso que ningún

trabajador que preste servicios directa o indirectamente al Ayuntamiento tendría que percibir un salario inferior a 1.000 euros, para evitar situaciones de pobreza.

- Los datos de la prestación del servicio durante 2018 (636 personas usuarias) llevan a apreciar disfunciones (incidencias y quejas) que tienen como causas más frecuentes los cambios en los horarios del servicio y los cambios de personal, la baja preparación del personal y la falta de disponibilidad del personal de coordinación.
- Se considera imprescindible para mejorar la calidad del servicio incidir en formación continua y dar estabilidad a la plantilla mejorando las condiciones laborales (salario y ampliación de jornadas).
- La mejora salarial se valorará sobre la base de los salarios brutos del convenio vigente (IV convenio colectivo de empresas de atención domiciliaria de Cataluña para los años 2015 a 2018, código convenio 79001525011999) respecto del cual las empresas ofrecerán un porcentaje de mejora que se valorará con 1 punto por cada 1% hasta los 19 puntos asignados y mediante aplicación proporcional. Esta subida, vigente durante toda la vigencia del contrato, será absorbida progresivamente por las mejoras salariales del futuro convenio (no serán acumulativas).
- La jornada laboral completa (37 horas según el convenio vigente) sólo afecta en este momento al 14% del número de contratos. Para incentivar un cambio, se otorgarán 0,24 puntos por cada 1% de contratos a jornada completa hasta 12 puntos y mediante aplicación proporcional.

Como se ha adelantado, AESTE sostiene que los dos criterios de adjudicación controvertidos no tienen ninguna justificación en el expediente ni están vinculados al objeto del contrato, y que tampoco son idóneos para seleccionar la oferta más ventajosa, ya que se trata de circunstancias que no inciden, directa ni indirectamente, en el proceso productivo de la limpieza. Al mismo tiempo, para la asociación recurrente, estos criterios crean desigualdades y discriminaciones entre las potenciales licitadoras y también entre los trabajadores de cada una de estas, invadiendo la negociación colectiva.

De lo contrario, el órgano de contratación aboga por la adecuación de este criterios en la LCSP en tanto que se justifican en el objetivo de garantizar una mayor calidad en la prestación del servicio y la vinculación con el objeto del contrato se tiene que entender en el sentido amplio establecido en el artículo 145.6 de la LCSP.

SÉPTIMO. Para analizar el caso, pues, hace falta partir de cuáles son las previsiones de la normativa de contratación pública y la doctrina y jurisprudencia aplicables.

El artículo 145 de la LCSP es el precepto mediante el cual el derecho español de contratos ha invertido al derecho interno los planteamientos y las disposiciones de las directivas de cuarta generación en relación con la articulación de los criterios de adjudicación de los contratos. En la parte que ahora interesa, este artículo dispone (el subrayado es nuestro):

“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.

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

3.º El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.

(...)

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 interpretación y la aplicación del artículo 145 de la LCSP tiene que ser, en todo caso, conforme con las directivas comunitarias. Efectivamente, en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, los operadores jurídicos de los estados miembros tienen que aplicar las disposiciones de derecho interno de acuerdo los objetivos fijados por las directivas (en este sentido, entre otros, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE- de 5 de octubre de 2004, C-397/01). En el caso concreto de los criterios de adjudicación, tal y como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC- ha declarado en la Resolución 897/2019, con cita de la Resolución 235/2019, que hay que efectuar una interpretación de la LCSP conforme con el contenido de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante, Directiva 2014/24/UE), sin que se aprecie una clara contradicción entre ambas disposiciones que no pueda superarse con una interpretación de la LCSP de acuerdo con las determinaciones del derecho comunitario.

Por lo tanto, los considerandos y el articulado correspondiente de la Directiva 2014/24/UE constituyen el marco interpretativo de obligada referencia a la hora de analizar y determinar la interpretación y alcance de la aplicación adecuada del derecho interno.

Respecto a las consideraciones sociales que centran la controversia, valga empezar con el considerando 89 de la Directiva 2014/24/UE, en relación con la noción de los criterios de adjudicación:

“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.” (el subrayado es nuestro)

Complementada esta argumentación con lo que refiere el considerando 90 de la Directiva sobre las condiciones de los criterios de adjudicación:

“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.” (el subrayado es nuestro)

El considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE determina qué es lo que tienen que permitir los criterios de adjudicación, siendo su hito la evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como esté definido en las especificaciones técnicas:

“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.” (el subrayado es nuestro)

El considerando 94, en sede de la evaluación del personal adscrito a la ejecución del contrato, únicamente lo centra en la organización, la calificación y la experiencia de este personal:

“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.” (el subrayado es nuestro)

A su vez, el considerando 97 contiene una premisa que excluye las políticas generales de responsabilidad corporativa de las empresas del ámbito de los criterios de adjudicación, al no cumplir el requisito de vinculación con el objeto del contrato, en los términos siguientes:

“(…) a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato público en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, (...)

No 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.” (el subrayado es nuestro)

Por último, el considerando 98 insiste en el presupuesto que los criterios de adjudicación relativos a los aspectos sociales del proceso de producción se tienen que referir a las obras, servicios o suministros que tienen que ejecutarse y, en relación con la salvaguardia del derecho interno en aquello que hace referencia a las cuantías del salario mínimo, dispone:

“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 en 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.” (el subrayado es nuestro)

La regulación concreta de los criterios de adjudicación de las ofertas se contiene en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, según el cual:

“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.” (el subrayado es nuestro)

En definitiva, todos los criterios de adjudicación, de acuerdo con la Directiva 2014/24/UE, entre otros requerimientos, se tienen que formular de forma objetiva, es decir, tienen que estar referidos o vinculados a la oferta que se formula para la ejecución del objeto del contrato, y de forma respetuosa con los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; tienen que permitir evaluar el rendimiento de cada oferta en relación con el objeto del contrato, de acuerdo con las prescripciones técnicas establecidas, y tienen que garantizar que las ofertas puedan ser evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Además de todo eso, hay que tomar en consideración también el régimen diferenciado que la propia Directiva 2014/24/UE y la LCSP establecen para determinados servicios identificados, respectivamente, en los anexos XIV e IV de dichas normas. Estos anexos identifican, entre

muchos otros, los códigos comprendidos en el intervalo 8500000-9 a 85323000-9 referidos a servicios sociales y de salud y servicios conexos, para los cuales se prevé un régimen ad hoc, sobre la base de apreciarse una limitada dimensión transfronteriza -el umbral de armonización se sitúa en 750.000 euros- y de garantizar la aplicación, en la elección de los proveedores, de criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales, publicado por el Comité de Protección Social¹, que tiene como una de las tres líneas de acción el fomento de la calidad, especialmente en servicios sociales que cubren necesidades especialmente importantes.

Se observa de las previsiones que siguiendo se reproducen, por una parte, la referencia constante a los parámetros calidad y sostenibilidad y, por otra parte, la ausencia, también en este caso, de una mención específica a las condiciones salariales y/o laborales del personal que presta el servicio.

En concreto, la Directiva 2014/24/UE, además de un régimen específico de publicaciones (artículo 75), establece unos determinados principios de adjudicación de estos contratos en el artículo 76:

“1. Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa. COM/2012/0900 final.

económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales.” (el subrayado es nuestro)

Estas previsiones tienen su reflejo en el artículo 145 LCSP en los apartados 3 –limitación de uso del criterio precio– y 4 –obligación de ponderar, como mínimo, con un 51% la puntuación otorgada a los criterios relacionados con la calidad.

Además, la disposición adicional trigésimatercera de la misma LCSP regula el régimen específico de publicidad y la cuadragésimaséptima dispone los principios aplicables a los contratos de concesión de los servicios del anexo IV y a los de servicios de carácter social, sanitario o educativo del mismo anexo IV en los términos siguientes:

“Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de esta Ley y, entre otras, de las relativas al establecimiento de las prescripciones técnicas, de las condiciones mínimas de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución, en los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV, los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio.

Asimismo, al establecer los criterios de adjudicación de los contratos a que se refiere esta disposición adicional, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.” (el subrayado es nuestro)

Y se han concretado hasta ahora, en el ámbito autonómico, en la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social de la Comunidad Autónoma de las

Islas Baleares, en la cual, a los efectos que ahora se analizan, se regulan los criterios de adjudicación vinculados a la calidad en el artículo 16²

OCTAVO: Vistas las posiciones de las partes y la normativa de aplicación, corresponde efectuar el análisis de los criterios de adjudicación controvertidos a la luz de la jurisprudencia -comunitaria y ordinaria- así como de la doctrina emanada de los tribunales de recursos y de los órganos consultivos en materia de contratación, reseñadas en el fundamento jurídico anterior.

Resulta necesario señalar, en primer término, que de la normativa se extrae, pues, que los criterios de adjudicación tienen que cumplir los requisitos que señala el artículo 145 de la LCSP, interpretado conformemente con el artículo 67 y los considerandos de la Directiva 2014/24/UE, así como el cumplimiento de los requisitos normativos de los criterios de adjudicación necesita una justificación para poder ser apreciado en cada caso ex artículo 116.4 c) de la LCSP. Esta cuestión no resulta fútil, en tanto que la memoria o informe justificativo del contrato, tal como este Tribunal ya ha tenido la ocasión de pronunciarse en varias ocasiones (para todas, las resoluciones 266/2019, 91/2019, 88/2019, 76/2019 y

² Este precepto establece (el subrayado es nuestro):

"1. La adjudicación de contratos de los servicios que figuran en el anexo de esta ley podrá realizarse, cuando así se considere conveniente para una mejor ejecución de la prestación, respetando las exigencias de la legislación estatal en materia de contratación pública, y al amparo de la disposición adicional cuadragésimo séptima de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, mediante las reglas singulares siguientes:

a) Se exigirá una cualificación subjetiva especial que acredite la experiencia, y la calidad y la disponibilidad de medios adecuados para cumplir la prestación de conformidad con lo previsto en esta ley.

b) Se atenderá, como criterio de adjudicación para determinar la oferta más ventajosa o, en su caso, de negociación, al mayor valor añadido de la oferta desde la perspectiva de la calidad y la garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios.

2. En este supuesto, el precio, como criterio de adjudicación, no podrá superar en su ponderación el 20% y se podrán exigir y valorar como criterios de adjudicación los siguientes:

a) Un plan de gestión en el que, más allá de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, se valoren elementos como la determinación de objetivos asistenciales.

b) Los medios de control y garantía de la calidad y los instrumentos para favorecer la accesibilidad y la resolución de los servicios.

c) Los mecanismos para posibilitar la participación de los profesionales en la gestión.

d) Las estrategias de mejora de la gestión y la prestación de los servicios.

e) Las políticas de coordinación y potenciación del trabajo en red con otros dispositivos asistenciales.

f) Los planes para mejorar la respuesta a la demanda no urgente de servicios y resolver situaciones de incremento de la demanda y la atención domiciliaria.

g) Los programas de atención a colectivos socialmente vulnerables, y los programas de promoción de la salud, los programas docentes y los programas de investigación.

h) La implicación y la corresponsabilización de las personas usuarias, así como las soluciones de innovación que aporten mayor valor añadido al servicio, elementos todos ellos en relación con los servicios objeto del contrato.

i) La experiencia del personal directivo del contrato en la dirección o la coordinación de servicios similares (con la adjudicación de una puntuación determinada por cada año de experiencia).

j) Las medidas de formación y reciclaje de los profesionales.

k) Las medidas de conciliación.

En todo caso, estos criterios tienen que respetar lo que dispone el artículo 145.5 de la Ley 9/2017, ya citada.

3. Deberán excluirse del procedimiento de contratación las ofertas que no obtengan, como mínimo, el 50% de la puntuación correspondiente a la calidad técnica."

303/2018), no constituye ningún formalismo legal, sino el documento en que tiene que quedar plasmada la motivación de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en el diseño de los elementos estructurales del contrato y de su procedimiento de adjudicación, con el fin de justificar que son los idóneos para satisfacer las necesidades de la contratación ex artículo 28 de la LCSP. Es más, el contenido de la justificación no puede consistir exclusivamente en una referencia genérica y/o imprecisa o en una simple hipótesis en relación a la vinculación entre el objeto del contrato y el criterio de adjudicación.

Respecto al primer criterio controvertido, el relativo a la mejora salarial, hace falta tener en cuenta que la opinión de este Tribunal y también otros órganos y tribunales de recursos y órganos jurisdiccionales respecto de un criterio de estas características, analizado bajo la aplicación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, fue que no tenía amparo normativa (en este sentido, entre otros, las resoluciones 86/2018 y 124/2017 del Tribunal, 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía -TARCJA-, 445/2017, 1059/2016 y 600/2016 del TACRC y las sentencias 181/2019, 136/2018 y 220/2016 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, y 64/2018 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja).

En estos momentos, ya bajo la vigencia de la LCSP desde el 9 de marzo de 2018, la compleja configuración del artículo 145 de la LCSP hace que el terreno de juego siga siendo poco favorable a las respuestas unívocas. Ciertamente, la disparidad de posiciones sobre la cuestión dista de ser superada porque, una vez ha sido admitida, con carácter general, la posibilidad de establecer criterios de adjudicación que incorporen mejoras sociales siempre y cuando dichas mejoras guarden relación con el objeto del contrato y resulten proporcionales, la diferencia interpretativa radica todavía, mayoritariamente, en la apreciación o no de la vinculación del criterio de adjudicación referido a una mejora social en relación con el objeto del contrato, y eso en los términos establecidos por la Directiva 2014/24/UE (en este sentido, las resoluciones 318/2019 y 112/2019 del Tribunal).

Así, admitido que, por aplicación de la Directiva 2014/24/UE, los criterios de adjudicación, todos ellos, tienen que ser objetivos, una parte mayoritaria de la doctrina de los tribunales de recursos interpreta que, además y en todo caso, tienen que permitir la evaluación del

rendimiento de cada oferta en relación con el objeto del contrato, tal como este está definido en el PPT, lo cual, realmente, implicaría que a determinadas consideraciones sociales difícilmente se les podría reconocer el requisito de vinculación en términos de incidencia en el rendimiento del objeto contractual.

De hecho, el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, en concordancia con los considerandos, como se ha visto, no hace referencia, entre los ejemplos de criterios de adjudicación sociales, a las condiciones salariales; es más, como parámetros de medida de la calidad del personal adscrito a la ejecución del contrato se refiere, exclusivamente, a la organización, la calificación y la experiencia. A esta línea corresponde la doctrina del TACRC (entre otros, en las resoluciones 897/2019, 235/2019, 334/2019 y 660/2018). Así, en la mencionada Resolución 235/2019, el TACRC afirma:

*“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.”

Y el TACRC no admite que las mejoras salariales impliquen también un aumento del nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución (se trataba de un servicio de salvamento, vigilancia, socorrismo, seguridad y atención personalizada en el baño asistido en las playas) ni el valor económico de la oferta, que es lo que exige la Directiva 2014/24/UE para la cual un criterio de adjudicación resulte admisible. Adicionalmente, pone de relieve la eventual desigualdad en la aplicación del criterio cuando una empresa ya esté retribuyendo por encima del umbral mínimo establecido por el convenio.

Esta misma línea doctrinal han seguido otros tribunales de recursos, como ahora, expresada en las resoluciones 150/2019 del TARCJA y 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía.

De lo contrario, en la línea seguida, esencialmente, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otros, en sus resoluciones 130/2019, 108/2019, 81/2019, 308/2018, 291/2018 y 33/2018, otra perspectiva puede resultar posible si se admite que el rendimiento de las ofertas no tiene que estar referido exclusivamente al concepto técnico y económico de aquellas en su noción tradicional, sino que puede referirse a factores sociales implicados en los procesos de producción, prestación o comercialización del objeto del contrato. Y está en este resquicio interpretativo donde, exclusivamente en función de la justificación esgrimida por el órgano de contratación en cada caso concreto, podría llegar a apreciarse una vinculación lo bastante determinante entre el criterio de adjudicación y el objeto del contrato en el sentido indicado por el artículo 145 de la LCSP debidamente interpretado de acuerdo con la Directiva 2014/24/UE.

Es igualmente cierto que, en relación con esta posición, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha establecido en una reiterada doctrina (en este sentido, entre otros, las sentencias 181/2019, 136/2018 y 220/2017), en esencia, que el texto comunitario de referencia –la Directiva 2014/24/UE- no incluye ninguna mención a una mejora social como la controvertida y porque se considera una medida susceptible de crear desigualdades y distorsiones entre los licitadores con efecto discriminatorio, ya que:

- 1) los costes laborales en estos tipos de contratos son, de hecho, la parte esencial del precio, de forma que beneficia en las empresas con una mayor capacidad de

financiación –propia o ajena- lo cual no está vinculado al objeto del contrato ni reporta beneficio para el servicio;

- 2) la proporcionalidad del porcentaje del criterio;
- 3) la ventaja para las empresas que mejoran los salarios, lo cual repercute en el coste para la Administración, pero sin que el servicio se vea beneficiado;
- 4) puede resultar discriminatorio para aquellas empresas que hayan utilizado la facultad de descolgarse del convenio sectorial de aplicación, con vulneración del sistema de fuentes que rige la relación laboral, en la medida en que el contrato administrativo se convierte en una fuente de creación de obligaciones y derechos de las relaciones laborales, fuera de las previsiones del artículo 3 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores.

Adicionalmente en todo eso, también sigue planteada la cuestión en relación con el impacto económico directo de este criterio en las ofertas a presentar por las empresas licitadoras –lo cual puede contravenir la determinación de la oferta económicamente más ventajosa- y, a mayor abundamiento, en los casos en los cuales puede operar la subrogación del personal adscrito a la ejecución del contrato, el impacto progresivo de esta medida en la consolidación del gasto asociada a la prestación del servicio, con la consiguiente contravención de aquello exigido, en particular, en el artículo 7 de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (LOEPSF), que, en desarrollo del principio de eficiencia en la asignación y la utilización de los recursos públicos, indica, entre otras determinaciones que los contratos y cualquier otra actuación, que afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros *“tienen que valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta el conjunto de normativa, jurisprudencia y doctrina, este Tribunal entiende que el artículo 145 de la LCSP permite, en los términos anteriormente expuestos, el establecimiento de criterios sociales que tengan como objetivo, entre otros, la mejora de las condiciones salariales, si bien hay que rechazar la generalización

de que, en todo caso, mejores condiciones laborales y/o salariales implican una mejor calidad o un mejor rendimiento en la prestación de los servicios, incluso cuando estos se estructuran en torno a la prestación de mano de obra. En otras palabras, esta finalidad queda limitada, en todo caso, por la apreciación, en cada caso específico, de la necesaria vinculación con el objeto del contrato, cuando menos, en términos de calidad o de rendimiento de las prestaciones, tal como se indica en la Directiva 2014/24/UE. De hecho, se tiene que efectuar un análisis de cada caso sobre la base de los elementos que en la memoria justificativa correspondiente indique y motive razonablemente el órgano de contratación.

En conclusión, y en general, resulta ahora factible, bajo la vigencia del artículo 145 de la LCSP, que se valoren las mejoras de las condiciones salariales de las personas adscritas a la ejecución del contrato, siempre y cuando exista vinculación con el objeto del contrato y, además, en su caso, permita la materialización de la finalidad social de mejora de la calidad del empleo que lo fundamentaría, resultante indispensable, por lo tanto, la adecuada justificación de todos estos aspectos en el expediente de contratación (en este sentido, el Informe 6/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña).

En el caso planteado, procede recordar, en primer lugar, que el hecho de incluir en el objeto contractual la descripción de determinadas finalidades -como, en este caso, la profesionalización, la alta calidad y la erradicación de la precariedad laboral en el sector afectado con la finalidad de una mejor atención a las personas usuarias- no es condición ni necesaria ni suficiente para apreciar la vinculación de los criterios de corte social en el objeto de la contratación (en este sentido, resoluciones 86/2018 de este Tribunal y 198/2018 del TACRC).

En segundo lugar, la justificación del Ayuntamiento en el expediente de contratación y en el informe sobre el recurso pivota en torno a la vinculación entre las condiciones laborales y/o salariales de las personas adscritas a la ejecución del contrato y la calidad en la prestación del servicio por relación directa con las consecuencias de la falta de estabilidad laboral y de la excesiva rotación de personal que eso ha venido comportando. Se observa, no obstante, que la justificación está formulada en términos amplios y sin referencia específica a datos o parámetros objetivos. En efecto, la motivación del Ayuntamiento consiste en una exposición sucinta de la situación global de la plantilla adscrita a la ejecución del servicio, la cual está en

principio sujeta a subrogación, según se indica. También se hace referencia, sin indicar datos concretos, a las incidencias y las quejas recibidas sobre la calidad del servicio y que se vinculan a estas situaciones.

Así, el informe refleja que sólo el personal de coordinación (2 personas) tiene un salario neto mensual superior a los 1.000 euros y que sólo un 14% de la plantilla tiene un contrato a jornada completa, pero no incluye ningún análisis o dimensionado que determine el gap existente en materia salarial entre los términos del convenio sectorial y el resto del sector, por ejemplo, ni su impacto económico. En otras palabras, la memoria justificativa no contiene el análisis económico de las medidas, cuando menos, en términos presupuestarios, ni tampoco consta en el expediente enviado a este Tribunal el preceptivo informe del órgano Interventor del Ayuntamiento que, ex disposición adicional tercera, apartado 3 de la LCSP, tiene que evaluar las repercusiones del contrato en términos de estabilidad financiera (artículo 7.3 de la mencionada LOEPSF).

No obstante, el hecho de que se trate de un contrato de los que tienen por objeto la prestación de servicios a las personas –y que, como tales, tienen asignado un régimen diferenciado por la LCSP, tanto por su inclusión en el anexo IV antes referido, como por las previsiones específicas establecidas en el artículo 312 de la LCSP-, en los cuales el factor principal en la estructura de costes es justamente el del personal, ocurre un elemento diferenciador y coadyuvante en la apreciación de la vinculación entre el criterio objeto de controversia y el objeto del contrato en términos de resultados o rendimiento, siempre que la garantía de calidad y continuidad del servicio resulta particularmente vinculada.

Ahora bien, a pesar de admitirse en este caso esta vinculación entre el criterio y el objeto del contrato en los términos previstos en el marco normativo analizado anteriormente, y eso sobre la base que los informes de los servicios técnicos de los órganos de contratación disfrutan de presunción de certeza y corrección, el criterio tiene que cumplir con la totalidad de los requisitos de obligada exigencia ex artículos 145 de la LCSP y 67 de la Directiva 2014/24/UE, en coherencia con el artículo 132 de la LCSP. Desde esta perspectiva, hay que incidir en el análisis de su parametrización ya que, en todo caso y cuando menos, el criterio de adjudicación tiene que resultar objetivo y proporcional, lo cual requiere que, entre otros extremos, la fijación del porcentaje máximo de incremento salarial a proponer en las

respectivas proposiciones resulte proporcional, tanto en relación con la globalidad de la puntuación como en su asignación interna.

La documentación justificativa constante en el expediente de contratación no contiene ninguna motivación específica con respecto a la concreta fijación del 19% que, como máximo, pueden llegar a ofrecer los licitadores como mejora de las retribuciones, vista la mecánica de atribución de puntuaciones prevista en el PCAP (un punto para cada 1% de incremento salarial hasta un máximo de 19 puntos), aunque, ciertamente, se establece la progresiva absorción del incremento finalmente aplicado a los futuros incrementos que sean aplicados en el convenio colectivo.

Una primera aproximación al porcentaje posible de incremento -19%- lleva a apreciar una falta de proporcionalidad, ya que, de la comparativa con los incrementos ordinarios de las retribuciones en general, resulta sobradamente superior (en este mismo sentido, la Resolución 78/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia -TACGAL-). Y esta falta de proporcionalidad afecta también y pone en cuestión el debido cumplimiento de los requisitos de no discriminación y de competencia efectiva.

Recuperando la doctrina expresada por el TARCJA en su Resolución 257/2019, hay que recordar que un criterio con esta ponderación, que en cualquier otro tipo de contrato podría llegar a resultar determinante, en el contrato examinado lo es de forma absoluta, teniendo en cuenta que prácticamente la totalidad de la prestación es constituida por la remuneración económica de los trabajadores, de manera tal que las proposiciones pueden diferir de manera muy limitada al estar obligadas a dar cumplimiento a lo que ofrecen con los convenios colectivos en vigor, supuesto en el cual adquiere especial importancia un criterio con el peso de 19 sobre 100 puntos.

En otro orden de consideraciones, aunque la cláusula dice partir de base de los salarios brutos del convenio colectivo vigente, nada se especifica sobre cuestiones como los complementos afectados -si lo son todos o no.

Adicionalmente, y desde la perspectiva de la sostenibilidad económica y financiera del contrato, tampoco resulta motivada y justificada su fijación. Es más, como ya se ha indicado, la falta de constancia en el expediente del preceptivo informe de fiscalización evidencia, cuando menos, la inexistencia de una valoración de impacto económico de las medidas incorporadas a la contratación. De hecho, el certificado de existencia de crédito aportado por el consistorio contratante en un momento posterior de este procedimiento de recurso, sin entrar en las eventuales consecuencias de la falta de fiscalización previa atendida la fecha de emisión del documento, refleja, en todo caso, la falta de evaluación y motivación debida de los aspectos ahora controvertidos.

En efecto, el diseño de los elementos esenciales de la contratación tienen que contemplar, como se ha expuesto anteriormente, el cumplimiento de las previsiones de la legislación relativa a estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, teniendo que tener en cuenta particularmente los casos en que puede operar la subrogación de personal.

Llegados a este punto, se tiene que estimar la pretensión de anulación del criterio de adjudicación relativo al incremento de las condiciones salariales en este caso por los motivos expresados en relación con justificación y parametrización que llevan a apreciar falta de proporcionalidad.

NOVENO. En relación con el criterio referido a la mejora de las jornadas laborales, conviene recordar, como cuestión previa, que el artículo 145 de la LCSP incluye, efectivamente, entre las finalidades posibles de las características sociales del contrato, la mejora de las condiciones laborales y salariales. El perímetro de los aspectos que se asimilan al concepto de mejora de condiciones laborales incluye, además de las de carácter económico directo o indirecto –dentro de las cuales se situarían, como subtipo con entidad propia, las condiciones salariales- todo un abanico de aspectos que coadyuvarían a la satisfacción y/o la motivación del personal y, dentro de estas, podrían meterse aquellos que están vinculados a las condiciones de la prestación laboral, como, la flexibilidad horaria o la conciliación y la contratación indefinida.

En el caso del criterio controvertido, la jornada laboral parcial o completa tiene una dimensión económica como la del criterio de mejora salarial y también de carácter bifronte, eso es, desde la vertiente de la persona trabajadora -por relación al salario que corresponde- y desde la vertiente de los costes asociados al contrato, más cuando se trata de una contratación en la cual puede resultar de aplicación la subrogación de los trabajadores. En definitiva, se está refiriendo al número de horas efectivas de trabajo, es decir, retribuíbles, de las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato.

La recurrente AESTE plantea en este caso la problemática del impacto económico de convertir jornadas parciales existentes en jornadas completas y la repercusión correlativa para el servicio y lo considera una injerencia directa en la potestad organizativa de la empresa. Asimismo, entiende que el otorgamiento de hasta 12 puntos por este concepto resulta injustificado y que podría considerarse viable como una mejora, en su caso, pero no como un criterio de adjudicación de valoración automática. Y concluye afirmando la afectación de la competencia.

De lo contrario, el Ayuntamiento aboga, en resumen, por la relación entre una situación de contratación a jornada parcial mayoritaria (sólo el 14% de la plantilla está contratada a jornada completa) con la situación de precariedad laboral que se aprecia y, en consecuencia, de la excesiva rotación y falta de garantía de continuidad del personal de asistencia.

Al respecto, cabe decir que, efectivamente, la posibilidad de que las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato accedan de forma voluntaria a una jornada completa, con las correlativas retribuciones, puede considerarse una mejor condición laboral, sin que, necesariamente, sin embargo, eso sea automáticamente generalizable. En todo caso, todavía en el supuesto de admitir la vinculación defendida por el Ayuntamiento, el cierto es que el criterio de adjudicación, tal como está configurado en este caso, ignora el eventual sistema de compensación de las horas incrementadas y, en consecuencia, puede incidir en la organización y en la forma de prestación del servicio, cuyos resultados son, en definitiva, el objeto del contrato y no dimensiona el impacto económico que implicaría.

Adicionalmente, también en este caso, la ponderación del criterio -12 puntos - tampoco está debidamente justificada y se aprecia, de entrada, desproporcionada.

A mayor abundamiento, en todo caso, corresponde dar por reproducidas las observaciones efectuadas en el fundamento jurídico anterior sobre la justificación y motivación contenidas en el expediente de contratación también en relación con este criterio.

Por todo eso corresponde también estimar el recurso en este punto.

De acuerdo con el expuesto y vistos los preceptos legales de aplicación, reunido en sesión, este Tribunal

ACUERDA

- 1.- Estimar el recurso especial en materia de contratación presentado por la señora S.V.P., en nombre y representación del ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE), contra los pliegos que tienen que regir el procedimiento de contratación del servicio de ayuda a domicilio a los ciudadanos del Prat de Llobregat, atendiendo que este esté profesionalizado, de alta calidad y que coadyuve a la erradicación de la precariedad laboral en el sector con la finalidad de una mejor atención a las personas usuarias (SAD), licitado por el AYUNTAMIENTO DEL PRAT DE LLOBREGAT (expediente 10467/2019) y, en consecuencia, anular los apartados 2 y 3 de la cláusula IV.5 del PCAP.
- 2.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación acordada por este Tribunal en fecha 23 de julio de 2019, al amparo de lo que dispone el artículo 57.3 de la LCSP.
- 3.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo cual no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

4.- Indicar al AYUNTAMIENTO DEL PRAT DE LLOBREGAT que, de acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, tiene que dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones que adopte para cumplir esta resolución.

5.- Notificar esta resolución a todas las partes

Esta resolución pone fin a la vía administrativa y es directamente ejecutiva, sin perjuicio que se pueda interponer recurso contencioso administrativo delante de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo que disponen los artículos 10.1k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa, y el artículo 59 de la LCSP.

Aprobado por unanimidad de los miembros del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en la sesión de 28 de noviembre de 2019.

Visto bueno

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretaria

Neus Colet i Arean
Presidenta