

**Recurso nº 68/2019****Resolución nº 78/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 8 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña S.V.P. actuando en nombre e representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE) contra los pliegos de la contratación, por el Ayuntamiento de Lugo, para la prestación del servicio de centro de día “Novo Antonio Gandoy”, expediente 2018-92, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día da fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Ayuntamiento de Lugo se convocó la licitación del contrato para la prestación del servicio de centro de día “Novo Antonio Gandoy”, expediente 2018-92, con un valor estimado declarado de 2.043.986,55 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22.02.2019, con rectificación el 11.03.2019, y en el DOUE el 22.2.2019 y 13.03.2019.

**Segundo.-** El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

**Tercero.-** Impugna el recurrente determinadas cláusulas del PCAP.

**Cuarto.-** El 15.03.2019 la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA ( AESTE) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

**Quinto.-** Con fecha 18.03.2019 se reclamó al Ayuntamiento de Lugo el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 02.04.2019. En ese envío se manifiesta que en ese momento no había licitadores presentados.

**Sexto.-** El 25.03.2019 el TACGal acordó la medida cautelar de suspensión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.-** El recurso se presenta en nombre de una asociación de empresarios del ámbito sectorial que se corresponde con el objeto contractual y se dirige contra los pliegos de la licitación. Además, este Tribunal admite con carácter general la legitimación de las asociaciones representativas de los intereses empresariales relacionados con el objeto del contrato para la interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando este se interpone contra los pliegos y en la medida en que su contenido afecta a los intereses de las empresas asociadas.

Se aprecia entonces la debida legitimación en el recurrente en base al previsto en el artículo 48 de la LCSP.

**Cuarto.-** Al amparo de las fechas descritas, el recurso fue interpuesto en plazo.

**Quinto.-** Se impugnan los pliegos de una licitación de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

**Sexto.-** Comenzaremos por el análisis de las siguientes cláusulas PCAP impugnadas:

*“12.1.3.- MEJORAS DE LAS CONDICIONES SALARIALES (SOLO EI INCREMENTO DE LAS RETRIBUCIONES DEL SALARIO BASE): HASTA 10 PUNTOS*

*En este párrafo se valorará la mejora de las condiciones salariales de los trabajadores/as adscritos a la ejecución del contrato consistente exclusivamente en el incremento (establecido en porcentaje %) de las retribuciones del salario base para el personal trabajador adscrito al contrato y que suponga por lo tanto una mejora respecto a lo establecido en el IV Convenio colectivo de residencias privadas de la tercera edad de Galicia (que se menciona aquí exclusivamente a estos efectos) y se comprometa la empresa licitadora a aplicar a todo el personal que ejecutará el contrato.*

*Es decir, el importe del salario base efectivo a valorar deberá ser igual al resultante de sumar al salario base establecido en el Convenio referido, vigente en cada momento durante la ejecución del contrato, la cuantía del porcentaje ofertado. La empresa contratista asume por lo tanto la obligación de respetar y abonar como mejora retributiva a su personal trabajador adscrito al contrato la diferencia entre los salarios base del convenio que aplique la empresa (si fuera inferior) y el del convenio colectivo de referencia más el porcentaje de aumento ofertado sobre este último.*

*Los que oferten mayor porcentaje de subida respecto al salario base indicado obtendrán la máxima puntuación (10 puntos), los que no oferten incremento obtendrán 0 puntos y el resto de manera directamente proporcional.”*

De la cláusula 12.2.1 analizaremos la parte citada y reproducida por el recurso, que sería la siguiente (no se reproduce en el recurso ni se aportan referencias argumentativas sobre las “mejoras de otro tipo en las condiciones laborales de los trabajadores/as adscritos/as a la ejecución de el contrato. Hasta 2,5 puntos” por lo que no puede ser objeto de enjuiciamiento):

*“12.2.1.- CALIDAD EN EL EMPLEO: Hasta un máximo de 7,5 puntos*

*Se valorarán las proposiciones de los licitadores que impliquen una mejora en las condiciones salariales (en este apartado solo se evaluará el incremento retributivo de los complementos salariales, pluses, dietas y otras indemnizaciones) y condiciones laborales que mejoren lo dispuesto en el IV Convenio colectivo de residencias privadas de la tercera edad de Galicia, (que se menciona aquí exclusivamente a estos efectos) y se comprometa la empresa licitadora a aplicar al personal que ejecutará el contrato.*

*La puntuación se distribuirá de la siguiente manera:*

*- Mejoras que supongan un incremento retributivo de los complementos salariales (tanto personales por antigüedad, como del puesto de trabajo - penosidad, peligrosidad, turnicidad, nocturnidad - y complementos por calidad y cantidad de trabajo – incentivos de asistencia y puntualidad, mejoras de las pagas extraordinarias, etc.), pluses, ayudas familiares, dietas y otras indemnizaciones: HASTA 5 puntos*

*Para su valoración la empresa licitadora deberá presentar una propuesta técnica que desglose las condiciones salariales que se mejoran (excluyendo cualquier referencia al incremento retributivo sobre el salario base). A estos efectos aportarán una tabla comparativa en la que se identifiquen, por un lado las condiciones salariales fijadas reglamentariamente o en el convenio colectivo indicado que se pretenden mejorar, y por otro la mejora específica ofertada de manera que se permita una idónea evaluación.*

*La falta de presentación de dicha tabla implicará la no evaluación de lo ofertado en este punto.*

*No se evaluarán las mejoras ofertadas en caso de que a la vista de las necesidades de prestación del servicio las mismas no puedan ser efectivamente aplicadas durante la ejecución del contrato (p.ej. incrementos de plus de nocturnidad cuando no se precisan horas nocturnas para la prestación del servicio).*

*(...)"*

Esta impugnación nos introduce en la cuestión de las cláusulas sociales en la contratación pública y, dentro de estas, de las que implican mejoras salariales, sobre lo que es necesario abordar unas explicaciones previas, no sin avanzar de inicio que es una cuestión que implica un debate abierto y aún en evolución, donde la aparición de la LCSP 9/2017 es un episodio relevante, sin duda.

**Séptimo.-** Dado que a este TACGal lo que le corresponde, principalmente, es resolver el caso que se le presenta, no debemos extendernos en plasmar en exceso antecedentes o precedentes del debate, pero sí significar, una vez más, que ya antes del momento actual estábamos en una cuestión donde existían diferentes dimensiones de cómo entenderlo y, también, de las conclusiones a las que se llegaban.

En nuestra Resolución 45/2018 hacíamos un pequeño resumen de estas circunstancias cuando describíamos, por ejemplo:

*“Como antes expresábamos la operatividad de los convenios colectivos en la licitación, y de las cláusulas sociales en general, es un debate complejo, con evolución y posturas no uniformes, sea en el contexto del TRLCSP.*

(...)

*Entonces, sin perder de vista que aquí nos ocupa resolver el caso concreto, son oportunas algunas referencias previas para encontrar esa interpretación coherente en el supuesto que debemos enjuiciar.*

(...)

*Centrados ya en la cuestión de las cláusulas sociales, el aspecto donde, en esa evolución de la cuestión, tuvo más recorrido fue en la posibilidad de incluirlas como condiciones de ejecución, por la redacción abierta del artículo 118 TRLCSP.*

*Por ejemplo, fue admitido por el Informe 16/2014 da Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón o en la Recomendación 2/2017 de la Junta Consultiva de Canarias, aquí con mención a cuando se contraten prestaciones en el que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de mano de obra y condicionado a que se debe “concretar en los correspondientes pliegos los requisitos precisos para entender cumplida la citada obligación así como las consecuencias de su incumplimiento por el contratista”.*

*La Sentencia TJUE 15.11.2016, caso Regiopost, pareció abierta a esta posibilidad (aún sin perder de vista que de lo que trataba era de la obligaciones de respetar un salario mínimo fijado por una norma legal para poder participar en licitaciones públicas), sobre todo, porque había Sentencias previas con una línea mucho más restrictiva como la de 03.04.2008, caso Ruffert, que entonces se podía entender que se superaba.*

*Hubo Tribunales de recursos contractuales que lo admitieron como condición de ejecución, como el de Canarias (Resolución 42/2018) o el de Madrid (por todas, Resolución 196/2017). En cambio, llegó a una conclusión contraria la Resolución TACRC 160/2016, por ser contraria a la libre prestación de servicios.*

*La inclusión de cláusulas sociales como criterio de adjudicación también tuvo su problemática.*

*Así, existieron Tribunales de recursos contractuales que vincularon esa posibilidad a una efectiva o directa vinculación al objeto del contrato y a la proporcionalidad, en cuanto que no provocara distorsiones o discriminaciones entre los licitadores (Resoluciones número 423/2016 , 222/2016 y 130/2015 TACRC, o Resoluciones 90/2016 y 160/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, TACP Canarias en adelante). Por otro lado, Juntas Consultivas como la de Canarias en la Recomendación 2/2017, antes citada, las admitió como condición de ejecución pero no como criterio de adjudicación. Por su parte, a S. TJUE de 10.05.2012, asunto c-368/10, abrió el debate de nivel de vinculación exigible a tales efectos.*

*En esa falta de uniformidad descrita, hubo Tribunales Administrativos con criterios más expansivos a estos efectos, si bien en esta selección debemos entonces citar también la Sentencia de 07.06.2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que lo rechazó . ...*

*El legislador gallego, para con el sector público autonómico, fijó su criterio normativo en la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.*

*“Artículo 25. Contratación pública ecológica y socialmente responsable 2. En particular, ponderarán la inclusión de criterios sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato, con sus correspondientes penalidades. En cualquier caso, los criterios y las condiciones que se incluyan deberán guardar relación directa con el objeto del contrato.”*

Dicho esto, lo cierto es que en este debate existe un nuevo elemento, evidentemente de la máxima importancia para un intérprete jurídico, como es la entrada en vigor de una nueva ley, la Ley 9/2017, que no es neutra en este debate sino que recoge determinaciones muy importantes al respecto.

Si comenzamos por la cuestión más general de la cláusulas sociales, la Exposición de Motivos de la LCSP expresa:

*“Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación calidad-precio.*

*Para lograr este último objetivo por primera vez, se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, ambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.”*

Por lo tanto, la mejor oferta, para el legislador, no tiene que ser necesariamente la que ofrezca el mejor precio, sino que cabe configurar la licitación para que sea la que ofrezca la mejor relación calidad-precio, recogiénose, por ejemplo, en los contratos citados en el artículo 145.3. g) último párrafo -donde se menciona a los de servicios intensivos en mano de obra- que el precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación.

Tampoco es indiferente que en esa Exposición de Motivos ya se cite a las cláusulas sociales, por quedarnos en el que nos ocupa, dentro de la forma de acceder a ese parámetro de calidad-precio, concretamente en esa ecuación para conseguir el objetivo de la calidad (de hecho ese párrafo hasta habla de “gran calidad”). Sin ánimo de separarnos del discurso que nos ocupa, apuntar que no cabe equiparar criterio de calidad con que necesariamente deba ser valorado con juicios de valor, como ya explicamos también en la Resolución TACGal 59/2019.

Tal Exposición de Motivos redundante en la idea citando que es posible introducir aspectos sociales, también en los criterios de adjudicación:

*“Además, con el ánimo de favorecer el respeto hacia los derechos humanos y, en especial, hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que se deban facilitar conforme el contrato de que se trate...”*

Si acudimos entonces al trascendental artículo 1 de la LCSP observamos un párrafo con indicaciones muy determinantes:

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

Alude aquí el legislador a nada menos que a la “convicción” de que la inclusión de las cláusulas sociales o ambientales proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una “mayor y mejor” eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Eso sí, con la condición, también textual, de que guarden relación con el objeto del contrato, a lo que añadir también el resto de los requisitos exigidos para los criterios de adjudicación principalmente en el artículo 145.5.

No es un dato irrelevante que la introducción de este apartado 3 del artículo 1 derivó de una enmienda – la nº 1041-, aprobada por unanimidad por la Ponencia constituida en el Congreso de los Diputados, donde su justificación era que “... los criterios sociales conforman un principio rector de la contratación pública y que su inclusión proporciona una mejor oferta de la prestación económica, incluso desde el punto de vista económico”, lo que redundaba en lo antes expuesto sobre las ofertas más ventajosas, ahora con el parámetro de calidad-precio.

De hecho, la Directiva 24/2014 en su considerando 47 ya se posiciona también al recoger:

*“La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible.”*

El artículo 67 de esa Directiva deja pocas dudas de lo que para esta es 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...”*

Sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes artículos LCSP no hacen sino reafirmar esas directrices del artículo 1.3 de esa ley:

*“28. 2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y por el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, ambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente ley.”*

*“35. 1. Los documentos en que se formalicen los contratos que suscriban las entidades del sector público, salvo que ya estén recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones: ... c) La definición del objeto y del tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación.”*

*“Artículo 99. 1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado y se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en que se considere que se pueden incorporar innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.”*

Centrados ahora en las cláusulas sociales como criterios de adjudicación, junto con el ya reproducido de la Exposición de Motivos, el artículo 122.2 expresa:

*“2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y las condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de*

*cesión del contrato, salvo en los casos en que esta no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme el convenio colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.”*

Pero es que también quiso el legislador citarlas en el ámbito de las especificaciones técnicas cuando menciona (igualmente en el considerando 99 de la Directiva 2014/24):

*“Artículo 124. Pliegos de prescripciones técnicas particulares. El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que deban regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego supondrá la retroacción de actuaciones.”*

Todo esto tiene su plasmación final, en lo referido a los criterios de adjudicación, en el artículo 67 de la Directiva 24/2014 y en el artículo 145 LCSP, los cuales debemos reproducir parcialmente a pesar de su extensión, por la importancia para el debate.

Tal artículo 67 de la norma europea recoge todo lo que estamos a expresar:

*“ 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.”*

En este sentido, no podemos obviar la amplitud con la que se quiso plasmar esta literalidad, cuando, por ejemplo, en el último apartado de los reproducidos ya se admite que la vinculación con el objeto del contrato sea en base a “factores (que) no formen parte de su sustancia material”.

En la conocida Sentencia del TJUE de 10.05.2012, asunto c-368/10, el Tribunal apreciaba ya que “...como se desprende del punto 110 de las conclusiones del Abogado General, no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste.”

A maiores el artículo 145.6 da LCSP, como ahora veremos, asume esta dirección y expresa:

*“6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que se deban realizar en virtud del 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 ser el caso, de las obras, suministros o servicios, con especial referencia a las formas de producción, prestación o comercialización ambiental y a las socialmente sostenibles y justas.*

*b) O en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, mismo cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”*

Finalmente, llegamos entonces al artículo 145.2, que recoge:

*“2. La mejor relación calidad-precio se evaluará conforme criterios económicos y cualitativos.*

*Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos ambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el número 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, ambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.*

*Las características ambientales se podrán referir, 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 se puedan ver afectados por la ejecución del contrato.*

*Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento da 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, a la inserción*

*sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; a la subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción; a los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, a la igualdad entre mujeres y hombres; al fomento de la contratación femenina; a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; a 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; a la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o a los criterios referidos a la suministración 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 lo vaya a ejecutar, 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 se debe producir, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad de la suministración.*

*Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a la 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.”*

**Octavo.-** Para este TACGal estas menciones del legislador y las que inmediatamente reproduciremos, son el punto de partida para el enjuiciamiento de este caso concreto. A mayores no podemos dejar de aludir el valor relativo que pueden tener el análisis, jurisprudenciales o de otro tipo, de esta cuestión antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, pues la irrupción de esta no puede ser indiferente para el debate.

Como tal ley en vigor debemos partir, evidentemente, de su ajuste al ordenamiento superior, y así lo hacemos, sin que además se nos traslade ni sea en este momento de nuestra convicción que las menciones que el legislador quiso acoger no sean compatibles con las Directivas europeas mientras no sea así determinado con claridad por las instancias que correspondan, en su caso.

En este sentido, no por conocido debemos dejar de mencionar que las Directivas, como tales, no agotan las posibilidades de regulación nacional, con el límite de no vulnerarlas ni violentarlas, dicho de una forma extremadamente simple. Baste mencionar que el propio considerando 7 de la Directiva 2014/24 apunta:

*“Por último, cabe recordar que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general.”*

Por otra lado, el legislador de 2017 ya reconoce que no se quiere quedar solo en la transposición de las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE sino que expresa en la Exposición de Motivos precisamente:

*“Así mismo, también hay que destacar que, aún que el motivo determinante de la presente ley es la transposición de dos directivas citadas, no es el único. Así, esta ley, teniendo como punto de partida dicha transposición, no se limita a eso, sino que trata de diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación de los operadores económicos en las licitaciones públicas y, desde luego, a través de la prestación de mejores servicios a sus usuarios.”*

Por otra lado, en la propia Directiva 2014/24 menciona con profusión la posibilidad de introducir aspectos sociales (en el propio considerando 1 reconoce que uno de los objetivos es *“permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”*), sin que, en definitiva, se nos muestren, mandatos claros, precisos e incondicionados en la misma que impidan establecer cláusulas sociales en los criterios de adjudicación ni que estos puedan ser en la dirección de la que nos ocupa aquí, sin perjuicio de lo que luego diremos, por lo que una vez más debemos partir de la compatibilidad de la LCSP con la Directiva.

Ahonda en que no podemos dar por acreditada una contradicción, análisis como la de la Resolución 33/218 do Tribunal Administrativo da Contratación Pública Madrid (TACPM). También el Informe 6/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña, cuando diferencia entre las

condiciones de ejecución y los criterios de adjudicación, sobre los que recoge en relación al concreto debate que nos ocupa:

*“Por lo tanto, es la misma LCSP la que permite que mediante los criterios de adjudicación se pueda ir más allá que garantizar el cumplimiento de las condiciones salariales previstas en los convenios colectivos sectoriales que resulten de aplicación a la prestación objeto de un contrato público respecto del personal adscrito al mismo. A diferencia de lo que sucede con las condiciones especiales de ejecución, cuyo régimen jurídico, al ser obligatorias para las empresas contratistas, no admite una mejora salarial como la que se propone, porque se tropieza con los límites del derecho social con europeo, la inclusión de esta mejora como criterio de adjudicación, en principio, al ser voluntaria para las empresas, podría ser conforme con este derecho. En este sentido, hay que recordar que, en la mencionada Sentencia de 3 de abril de 2008, el TJUE señala que, si bien el grado de protección social cuyo respeto “puede exigir” el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de las personas desplazadas a su territorio se limita al previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71, eso no obsta la facultad de las empresas de adherirse voluntariamente en el Estado de acogida a un grado de protección más favorable”*

A mayores de esto, sobre esta concreta dimensión de las mejoras de las condiciones laborales y salariales como criterio de adjudicación no podemos partir para este enjuiciamiento sino de que, como tal, no es discriminatorio. Efectivamente, dada la literal mención en la ley al respecto como posible, ese camino implicaría reputar esa crítica a la propia norma, lo cual excede de nuestro análisis, por lo que cuando el artículo 145.5.b) alude a ese y otros principios entendemos que debe ser en relación a como luego se formula esta plasmación en los pliegos. No vemos como base para resolver el caso utilizar un precepto de la ley para invalidar o inaplicar otro, pues, como meros aplicadores de esta, debemos partir de la coherencia de la norma.

No es necesario alargar esta resolución con esto, excepto reiterar que ya el considerando 92 de la Directiva 2014/24 cita también a los aspectos sociales cuando alude a los criterios de adjudicación, y que expresamente recoge que la misma incluye una lista no exhaustiva *“de posibles criterios que incluyen aspectos sociales”*, por lo que no se puede reputar como contrario a tal Directiva por el hecho de que una de las expresamente recogidas en el artículo 145 LCSP no este expresamente mencionada como tal en aquella norma europea.

Por lo tanto, una vez partimos de la LCSP, y que es esta la que adopta decisiones al respecto, no podemos anular un criterio de adjudicación por el mero

hecho de que esté a introducir un aspecto social como criterio de adjudicación. Tampoco, partiendo de esa ley y de la compatibilidad aludida de la misma, anular de plano una cláusula de adjudicación que sea englobable dentro de lo que el artículo 145 cita como destinado *“a la mejora de las condiciones laborales y salariales”*.

**Noveno.-** Una vez llegamos a la conclusión de que debemos partir de lo que la LCSP recoge literalmente como posible, queda aún un análisis muy relevante como es el de determinar cómo se acoge y formula en el caso concreto el criterio de adjudicación.

Recuperando entonces lo antes expresado, no podemos desatender que en aquel artículo 1 LCSP, frontispicio para interpretar toda la ley, exige que *“siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”*.

Pues bien, en una cuestión como esta, este es un requisito de exigencia especialmente cualificada, donde no cabe darlo por implícito siendo imprescindible que el expediente de contratación justifique suficientemente que se cumple esa condición de relación con el objeto del contrato. En este sentido, considerandos de la Directiva como el nº 93 o 95 aluden a tener en cuenta el *“servicio o producto de que se trate”* o al sector sobre que se proyecta. Desde luego, dado que estamos ante *“factores (que) no forman parte de su sustancia material”*, la exigencia de esta y de las demás justificaciones a las que aludiremos son cualificadas, de ahí que no se pueda partir de un cumplimiento implícito o generalista de los mismos.

Como recogió la Resolución 4/2018 del Tribunal Administrativo de recursos contractuales del Parlamento de Andalucía:

*“En el caso objeto del presente recurso considera este Tribunal sin embargo, que no queda justificada la preceptiva relación por los siguientes motivos: Se trata de una justificación genérica e imprecisa donde no se concreta la vinculación existente entre el objeto del contrato (prestación del servicio de limpieza) y la mejora salarial incorporada como criterio de adjudicación, muestra de ello es el uso de conceptos tales como “mejora del clima laboral” o “paz social” que no son suficientes para mostrar la requerida vinculación, o invoca como justificación abstracta el peso fundamental de los gastos de personal en el contrato, por lo demás característica señera de todos los contratos de servicios; la justificación relativa al “compromiso que como Institución Pública este Parlamento de Andalucía asume en la defensa de la*

*mejora de los trabajadores en general" podría invocarse por cualquier poder adjudicador."*

Por otra parte, también se debe justificar que la medida en el caso concreto y en el planteamiento que se plasma cumple con todos estas exigencias del artículo 145.5 LCSP:

*"5. Los criterios a que se refiere el número 1 que deban servir de base para adjudicar el contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación y cumplir los siguientes requisitos:*

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

*b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respecto 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, se deberá comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores."*

Sin ánimo de ser exhaustivo, debe constar también que no ocasiona, en el caso concreto y en base a la plasmación que se efectúa, discriminación, siendo otro punto muy relevante la proporcionalidad. Esa proporcionalidad es exigible de cualquier criterio de adjudicación, pero especialmente importante aquí por estar ante factores que no inciden directamente en la sustancia material de la prestación.

Con el cumplimiento de ese parámetro se podrá además coadyuvar a cumplir otros como el de la no discriminación en el caso o el de respeto a la autonomía en las políticas empresariales. El recurso presentado por la Asociación empresarial recurrente hace hincapié en la afectación a la autonomía organizativa empresarial, sobre lo que debemos reiterar que esta es una dirección recogida por el legislador, de manera que el debate se centra en que la concreta formulación del criterio sea proporcionada y no discriminatoria, sin que suponga restringir injustificadamente el acceso de las PYMES al contrato, además de otros aspectos aquí mencionados.

Efectivamente, tal proporcionalidad debe ser un elemento muy importante para no distorsionar, en la plasmación concreta que se hace, el equilibrio de los bienes jurídicos a tener en cuenta. Esta proporcionalidad opera no solo en relación a los puntos que se atribuyen al criterio de adjudicación en cuestión, sino también del nivel de mejora a establecer para poder puntuar y para poder optar a la totalidad de los puntos.

En este sentido, consideramos ilustrativas las conclusiones que al respecto llega el Informe 6/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña:

*“De acuerdo con el artículo 145, apartado 5, de la LCSP los criterios de adjudicación deben cumplir, como primer requisito, el de estar vinculados al objeto del contrato. Tal como se ha señalado en la consideración jurídica anterior, el apartado 6 de este precepto adopta un concepto amplio de vinculación con el objeto del contrato, en virtud del cual se admite que el criterio de adjudicación no se refiera a una característica intrínseca de la prestación, sino que puede considerarse que existe dicha vinculación cuando el criterio se refiera a los factores que intervienen en el “proceso específico” de producción, prestación o comercialización de las obras, los suministros o los servicios de que se trate, dentro de los cuales puede considerarse incluido el factor trabajo y, por lo tanto, las condiciones salariales y de empleo de las personas adscritas a la ejecución de un determinado contrato. Así, de conformidad con este concepto amplio de vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, un criterio de adjudicación consistente en la mejora de las condiciones salariales puede estar vinculado a aquellos objetos contractuales en que la mano de obra es un componente esencial, lo que no implica, sin embargo, la posibilidad de una inclusión incondicionada de este criterio.*

*En este sentido, hay que tener presente que valorar en un contrato la mejora de las condiciones salariales de las personas adscritas a su ejecución, cuando el objeto contractual lo permita al concurrir aquella vinculación, debe obedecer al hecho de que, efectivamente, en caso de materializarse, se pueda conseguir la finalidad social de mejora de la calidad del empleo que lo fundamenta, siendo esencial la adecuada justificación en el expediente de contratación. Así, la posibilidad de su inclusión está condicionada en el hecho de que aquella finalidad social se pueda llegar a conseguir, lo que implica tener que tener en cuenta, entre otras circunstancias concretas del contrato, el sector de la actividad al que, en su caso, repercutirá –puede haber sectores en que aquella finalidad social se podría conseguir incidiendo en materias diferentes al sistema de remuneración y a la cuantía salarial.*

*Asimismo, hay que ser conscientes de que la efectividad de este criterio de adjudicación –como, de hecho, sucede con todos– depende del hecho de que se pueda controlar su cumplimiento en fase de ejecución del contrato, motivo por el cual antes de su inclusión resultará fundamental determinar si se dispondrá de las herramientas y los medios necesarios para realizar este control. En este sentido, hay que tener presente que la mejora salarial será condición de ejecución obligatoria, si la empresa que resulta adjudicataria del contrato ha presentado oferta a este criterio.*

*De otra manera, la inclusión en los pliegos de un criterio de adjudicación que valore la mejora salarial se debe efectuar con pleno con respecto a los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad. En este sentido, es fundamental que exista una correlación entre el criterio de adjudicación que ahora se analiza y la ponderación que se le atribuya, para respetar los mencionados principios.*

*En la misma línea de no vulnerar los principios de la contratación pública, hay que tener en cuenta que la fórmula que se prevea para valorar la mejora salarial, además de tener que partir de una magnitud igual y homogénea para todas las empresas licitadoras, determinada por la aplicación del convenio colectivo sectorial aplicable, será necesario que fije un tope porcentual de aumento máximo para el otorgamiento de la máxima puntuación asignada al criterio. También hay que concretar los conceptos salariales cuyo aumento será objeto de valoración en la aplicación del criterio de adjudicación, así como si afectan o no a los complementos salariales.*

*De acuerdo con lo que se ha expuesto, hay que responder a la cuestión planteada en el sentido que el artículo 145 de la LCSP reconoce expresamente la posibilidad de incluir un criterio de adjudicación que tenga como finalidad mejorar las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución de un contrato público, el cual puede estar vinculado a aquellos objetos contractuales en los que la mano de obra es un componente esencial.*

*Sin embargo, hay que tener en cuenta que su inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares requiere justificar adecuadamente que obedece a conseguir la finalidad social de mejora de la calidad del empleo que lo fundamenta, el cual debe ser factible. Además, en ningún caso su inclusión puede suponer que se vulneren los principios rectores de la contratación pública, motivo por el cual hay que analizar minuciosamente, no solo la idoneidad de su inclusión, sino también la forma de inclusión.”*

**Décimo.-** Pues bien, en el caso concreto, en primer lugar, no se cumplieron las exigencias de justificación anteriormente descritas para la formulación de estas cláusulas.

Así, no consta una explicación específica de la obligada vinculación con el objeto del contrato, sin que quepa que esta sea implícita ni que se base en consideraciones genéricas como las analizadas, para descartarlas, en la Resolución 4/2018 del Tribunal Administrativo de recursos contractuales del Parlamento de Andalucía.

No es óbice para esto la referencia en el informe del órgano de contratación a este recurso a las instrucciones internas, que tienen precisamente esa vocación de generalidad por lo que no completan lo que debe ser un análisis para la concreta licitación de que se trata, en lo relativo a este tipo de cláusulas. Como recoge, la Resolución 8/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

*“La justificación ofrecida sobre la base del cumplimiento de una instrucción municipal interna y del cumplimiento genérico de los preceptos de la LCSP no analiza, sin embargo, la relación del criterio en cuestión con el objeto del contrato a los efectos de apreciar la vinculación que debe existir entre ambos, de modo que cabe apreciar la infracción del artículo 145.6 de la LCSP alegada en el recurso por falta de acreditación del requisito en él establecido.”*

Tampoco consta un análisis del cumplimiento del resto de los requisitos del artículo 145.5, siempre con referencia al caso concreto.

De hecho, podemos anticipar ya que establecer dos cláusulas referidas a mejoras salariales que en el conjunto de ellas impliquen ese porcentaje de la puntuación total aquí prevista no parece que guarde la debida proporción (por ejemplo, en el criterio validado por la Resolución TACPM 33/218 la puntuación máxima era de 8 puntos), o cuando menos esto no está justificado. A mayores, recordar que la necesidad de proporción no es solo respecto a la puntuación que se atribuye al criterio, sino también en la cuantificación del grado de mejora que se establece para poder conseguir la puntuación.

Finalmente, no existe explicación ni fácil comprensión para encuadrar una de las mejoras salariales en criterios evaluables automáticamente y otra en los de juicio de valor. De hecho, prima facie no parece que pueda ser injerible en los sometidos a esos

juicios de valor, dado que su substrato es de cuantificación económica, básicamente. En todo caso, y a mayores, en ese sometido a juicio de valor no se establecieron los parámetros exigidos para que un licitador diligente pueda saber como va ser luego puntuado.

Por lo tanto, debemos anular las cláusulas 12.1.3 e 12.2.1 PCAP, en los aspectos enjuiciados.

**Décimo primero.-** El recurso también impugna la cláusula 12.1.2, que recoge:

**“12.1.2.- SALIDAS AL EXTERIOR: HASTA 31 PUNTOS**

*Las ofertas consistirán en salidas a la naturaleza/culturales/termales a realizar en la provincia de Lugo y zonas limítrofes, siendo la duración de la estadia conforme al horario de apertura/cierre del centro municipal sin pernocta, incluirá, tarifas de entrada, en su caso, transporte, comida y merienda. Estas salidas se organizarán y se ofertarán para su disfrute por un mínimo 20 usuarios/as por salida sin perjuicio de las necesidades y del perfil de los usuarios. La adjudicataria se obliga a obtener las autorizaciones que correspondan tanto en relación a las salidas como en lo referente a las familias de las personas usuarias. Deberán realizarse cumpliendo las ratios de personal establecidas, de manera que deberá contarse con el personal necesario para realizar dichas salidas, manteniéndose las ratios necesarias para desarrollar con normalidad la prestación regular establecida para el centro de día.*

*Obtendrán la máxima puntuación 31 puntos las empresas que oferten el mayor número de salidas que cumplan lo establecido anteriormente, 0 puntos las que no oferten salidas y las demás restantes se valorarán de manera proporcional.*

*Deberá aportar dentro del sobre C una propuesta de programación anual de salidas con detalle del destino propuesto, número de usuarios beneficiarios de la salida, horarios, manutención, etc.”*

El recurrente considera que este criterio es nulo porque no establece un tope o limitación máxima.

Sobre esta cláusula lo primero que apreciamos es su relevante peso en la puntuación, pues se le atribuyen hasta 31 puntos. El segundo, que esas salidas serían una prestación adicional que, como tal, no está recogida en el PPT (apartado segundo referido a las prestaciones objeto del contrato, cuando estas están desenvueltas al por menor), por lo que, según los parámetros del artículo 145.7 LCSP es exigible la

existencia de límites. Por lo tanto, consideramos que en este caso era necesario, para la transparencia de la licitación y si se pudiera concurrir en condiciones de igualdad, que el pliego mostrara un tope, máximo o límite al que atenerse los licitadores, y evitar además que se concurra con proposiciones irreales. En este sentido, la reciente Resolución 38/2019 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el Acuerdo 12/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Por otro lado, no cabe la cita que hace el órgano de contratación de nuestra Resolución 28/2019 que resuelve sobre otra licitación y debate, centrado unicamente en la fórmula matemática aplicable.

En base a lo dicho, también debemos anular la cláusula 12.1.2 PCAP.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE) contra los pliegos de la contratación, por el Ayuntamiento de Lugo, para la prestación del servicio de centro de día “Novo Antonio Gandoy”, expediente 2018-92.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.