

ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Resolución nº 3/2020

Resolución núm. 003/2020 de 7 de enero.

REMC 220-2019-SERV-IASS

Recurso contra los pliegos de un contrato de servicios. No puede admitirse como condición especial de ejecución la aportación de certificado ISO 14001:2015 de la LCSP pues éste viene referido a un requisito subjetivo del adjudicatario respecto a la política medioambiental seguida por la empresa, que no añade a la ejecución del contrato prestación adicional alguna. Estimación Parcial.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.B.C. y don J.A.S.G., actuando en nombre y representación de la mercantil GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL, S.A.U. contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el contrato de Servicio de Atención residencial a personas mayores dependientes con alto requerimiento sanitario en el centro sociosanitario del Norte de Tenerife (150 plazas), promovido por el Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de noviembre de 2019 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el Anuncio de Licitación, el Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) del contrato de Servicio de Atención residencial a personas mayores dependientes con alto requerimiento sanitario en el centro sociosanitario del Norte de Tenerife (150 plazas), promovido por el Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria, en adelante IASS; como procedimiento abierto, tramitación ordinaria, sujeto a regulación armonizada y pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado del contrato se cifra en veintidós millones trescientos setenta y seis mil ochenta y ocho euros (22.376.088, 00 €).

SEGUNDO. El 29 de noviembre de 2019 se interpone por don G.B.C. y don J.A.S.G., actuando en nombre y representación de la mercantil GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL,S.A.U. contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el contrato de Servicio de Atención residencial a personas mayores dependientes con alto requerimiento sanitario en el centro sociosanitario del Norte de Tenerife (150 plazas) solicitando “la anulación de los mismos (y, más concretamente, la disconformidad a Derecho de las Cláusula 22.9 b) y 25.1.3)10 del PCAP); y, en atención a dicha anulación, ordene la retroacción del procedimiento de contratación que nos ocupa al momento anterior al de redacción de los Pliegos del procedimiento de licitación de referencia y a la de la emisión de los Informes que deben justificar la publicación de aquél y las restantes cuestiones reguladas en el artículo 116.4 de la LCSP, para que se redacten los mismos de forma ajustada a Derecho y se proceda nuevamente a la publicación de anuncio y de dichos pliegos”. Asimismo interesa la suspensión cautelar del procedimiento de contratación durante la tramitación del recurso presentado.

Fundamenta su pretensión en los siguientes motivos:

1º Vulneración de lo dispuesto en el artículo 116.4 de la LCSP. Señala que ni la Memoria Justificativa ni ningún otro documento obrante en el expediente de contratación se contiene justificación sobre porqué debería establecerse en este contrato, como condición especial de ejecución, que el adjudicatario dispusiese del certificado ISO 14001:2015.

2º La Cláusula 22.9.B) del PCAP (El adjudicatario deberá poseer el certificado ISO 14001:2015, Sistema de Gestión Ambiental) sólo podría considerarse legal, si en las Cláusulas de ese mismo Pliego relativas a las exigencias en materia de solvencia, se hubiera establecido que a fin de acreditar que el licitador cuenta con la solvencia técnica requerida, se debería aportar dicho certificado ISO 14001:2015 (o certificado o medida equivalente). Si para esa concreta cuestión de acreditar la solvencia técnica exigida, los Pliegos no han establecido la necesidad de aportar tal certificado (o certificado o medida equivalente), no puede establecerse como exigencia de la fase de ejecución del contrato que se posea dicho certificado.

3º No es ajustado a Derecho la exigencia en los Pliegos de que se ostente determinado certificado de calidad o de gestión medioambiental si, al mismo tiempo, no se contiene en esos Pliegos el concreto medio de solvencia técnica (de entre los enumerados en el actual artículo 90.1 de la LCSP7) que mediante dicho certificado se pretendería acreditar que se cumple por las empresas interesadas.

4º Los Pliegos no sólo debe identificar la Administración el concreto certificado de gestión medioambiental que dicha Administración desee que posea la empresa a contratar, sino que en los Pliegos también deberá contenerse además de forma expresa, la previsión de que también aceptará la aportación de certificados equivalentes a aquél indicado en los Pliegos y otras pruebas de medidas equivalentes de gestión

medioambiental, medidas equivalentes que deberán ser concretadas en los Pliegos. De tal modo que si de tal posibilidad de aportación no se hace mención expresa (y no lo hace la Cláusula 22.9 B) del PCAP), el Pliego se considerará contraria a Derecho.

TERCERO. El 3 de diciembre de 2019, se recibe en este Tribunal copia del expediente de contratación e informe emitido en cumplimiento de lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, remitiendo con fecha 13 de diciembre de 2019 relación de licitadores presentados a la licitación.

En el referido informe se manifiesta que “el motivo de impugnación resulta injustificado, en tanto que la exigencia de un certificado de calidad relacionado con el objeto del contrato como condición especial de ejecución, no puede entenderse contraria a derecho.”

Señala que “Tal y como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en el recurso nº 818/2019, Resolución número 996/2019, la inclusión de estas condiciones sociales y medioambientales tendrá como límite el respeto al principio de igualdad ,reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española.

Continúa recordando que “así, en la regulación de los contratos regulados en la LCSP, se impone al órgano de contratación la obligación de introducir aquellas medidas, si bien con libertad para decidir si las incorpora como criterio de solvencia, de adjudicación, o como condición especial de ejecución, siempre que se relacione con el objeto del contrato...”.

Pues bien, precisamente es lo que se ha hecho en la presente licitación; en primer lugar, cumplir la obligación de introducir medidas (tanto sociales como medioambientales) y; en segundo lugar, haciendo uso de la libertad de elegir entre opciones, configurarla como condición especial de ejecución (como criterios de solvencia técnica, dentro de los límites establecidos en la ley de contratos, el órgano de contratación decidió seleccionar los que consideró convenientes).

Se estableció una condición especial de ejecución relacionada con el objeto del contrato, exigida siguiendo las indicaciones de un Servicio interno y especializado, el de Ingeniería y Mantenimiento, conecedor del Centro sociosanitario del Norte y de la complejidad de sus instalaciones y servicios, el cual a través de su informe de 16 de junio de 2019, que obra en el expediente remitido a ese Tribunal, señaló “en relación a la aplicación de criterios medioambientales sobre este servicio a prestar, se expone que, considerando las labores que prestará la futura empresa adjudicataria en el Complejo Hospitalario del Norte, se deberá exigir: Certificado ISO 14001:2015, Sistema de Gestión Ambiental”.

Según la información facilitada por el órgano de contratación a la referida licitación concurren los siguientes licitadores: AEROMÉDICA CANARIA, S.L.U.; FUNDACIÓN GERÓN y SACYR SOCIAL,S.L...

CUARTO. Con fecha 16 de diciembre de 2019 se dio traslado de los recursos presentados a los licitadores y a la entidad empresarial ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE), recurrente del PCAP , concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para realizar cuantas alegaciones tuvieran por oportunas, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 56.3 de la LCSP, sin que se formularan alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Convenio de Colaboración entre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo Insular de Tenerife , sobre atribución al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, de las competencias previstas en el artículo 3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea dicho Tribunal, suscrito con fecha 25 de enero de 2016 y publicado en el Boletín Oficial de Canarias número 25, de 8 de febrero de 2016; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 46 de la LCSP, así como en el artículo 2.2 del indicado Decreto 10/2015 de 12 de febrero.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la recurrente GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL,S.A.U., en tanto que no consta de la documentación remitida por el órgano de contratación su participación en la licitación.

El artículo 48 de la LCSP establece que “podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones, invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo in-mediatu un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Este criterio también ha sido adoptado por este Tribunal, por todas la resolución 169/2019, de 6 de agosto, en la cual viene a señalar, manteniendo el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso.

Asimismo, como indica en la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

El artículo 48 de la LCSP se complementa con el artículo 51.1.a) el cual establece que el escrito de interposición del recurso debe acompañarse de: “a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento”. Consta igualmente acreditada la representación de las personas que presentan el recurso, aportándose escritura pública de elevación a público y ejecución de acuerdos sociales otorgada el 27 de abril de 2018 ante el Notario don F.P.A.O., correspondiéndole el número 1.545 de su protocolo.

TERCERO. Admitida la legitimación para recurrir, procede analizar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP. El contrato objeto de licitación es de servicios, cuyo valor estimado supera los 100.000,00 €, siendo convocado por un ente del sector público con la condición de Poder Adjudicador y el objeto de los recursos es el contenido referido al anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por lo que tanto el contrato como el acto recurrido son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En lo que se refiere al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, establece:

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil

de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos.

Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.”

El apartado 3 del citado artículo 51 de la LCSP dispone que “...Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la re-solución del recurso.”

Con base a la normativa expuesta y a la vista de los hechos comprobados, teniendo en cuenta la puesta a disposición de los pliegos y, la fecha de interposición de los recursos, cabe concluir que se han cumplido los requisitos de plazo e interposición de los recursos previstos en el art. 50 y 51 de la LCSP .

QUINTO. Con carácter previo a valorar la argumentación de las partes en el recurso, procede exponer en primer lugar la normativa de referencia.

El artículo 116.4 de la LCSP señala en su apartado c) que en el expediente de contratación se justificará adecuadamente “Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.”

El Artículo 201 de la LCSP establece las prescripciones sobre las obligaciones en materia medioambiental, entre otras. Al respecto señala:

“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo. El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192.

El Artículo 202 contempla especialmente las prescripciones respecto a las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter medioambiental, entre otras. Así establece:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones eco-nómicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica. Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son

favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71.

4. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.”

SEXTO. A efectos de determinar si el órgano de contratación ha actuado de acuerdo a lo mandado por los preceptos citados de la LCSP, debemos traer a colación el contenido del PCAP respecto a las condiciones especiales de ejecución del contrato y la justificación recogida en el expediente de contratación respecto a éstas.

La cláusula 22 del Pliego al referirse a las obligaciones del contratista en su apartado 9 letra B) establece como obligaciones de carácter medioambiental las siguientes:

- 1) El adjudicatario deberá poseer el certificado ISO 14001:2015, Sistema de Gestión Ambiental.
- 2) Con el fin de disminuir el gasto innecesario de recursos y de colaborar con el reciclaje y la conservación del medio ambiente, todos los trabajos que deban ser presentados en soporte documental a la administración, deberán imprimirse a doble cara, en blanco y negro y en papel reciclado (siempre que las características del documento lo permitan), procurándose además reducir el número de páginas empleando caracteres de tamaño mediano y reduciendo los márgenes de forma que los documentos sean legibles pero no supongan un gasto de recursos innecesario.

La persona responsable del contrato tendrá la facultad de no prestar su conformidad con los trabajos presentados que no se ajusten a lo señalado en el párrafo anterior, así como de ordenar el cumplimiento de dichos condicionantes.

Por otro lado, en el centro objeto de contratación se deberá:

- . Evitar la utilización de productos desechables y de envases innecesarios.
- . realizar separación selectiva de residuos.
- . promover el consumo y desecho eficiente del agua.
- . lograr el menor consumo energético.

. Estas obligaciones tienen la consideración de condición especial de ejecución y su incumplimiento dará lugar a la imposición de las penalidades previstas en la cláusula 25 del pliego. No obstante, la obligación prevista en el apartado 6 de la letra A), relativa al abono de salarios, tendrá la consideración de obligación contractual esencial y su incumplimiento tendrá efectos resolutorios del contrato, de conformidad con lo establecido en la cláusula 25 del pliego”.

La Cláusula 25. 1 del PCAP relativa a las condiciones especiales de ejecución del contrato, su incumplimiento y efectos de éste señala:

“1.- Son condiciones especiales de ejecución, de conformidad, con lo establecido en el artículo 202 de la LCSP, a los efectos de la IMPOSICIÓN DE PENALIDADES cuya cuantía será, como regla general, un 1 por 100 del precio del contrato (IGIC excluido), salvo que motivadamente el órgano de contratación estimare que se trata de un incumplimiento grave o muy grave, en cuyo caso la penalidad podrá alcanzar hasta un 5 por 100 del citado precio de contrato o el máximo del 10 por 100 del mismo, IGIC excluido y, sin perjuicio de cualesquiera otras penalidades previstas en el presente pliego, las indicadas a continuación:

- 1) El incumplimiento de las obligaciones relativas al convenio colectivo de aplicación, al mantenimiento de la plantilla, a los salarios y a la subrogación previstas en la cláusula 22.9A) del pliego.
- 2) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato si durante la ejecución del contrato o al tiempo de la recepción se constatará por el órgano de contratación que por causa imputable a la persona contratista, éste ha ejecutado el contrato sin cumplir alguno o algunos de los compromisos asumidos en su oferta.
- 3) El incumplimiento de las obligaciones de carácter medioambiental de la cláusula 22.9 B).”

Si acudimos a los informes obrantes en el expediente de contratación no encontramos información adicional a la recogida en el pliego respecto a la justificación de la inclusión de las condiciones especiales de ejecución de los contratos, salvo un escrito remitido por el Servicio de Ingeniería y Mantenimiento del IASS al Servicio

de Gestión Administrativa como “informe complementario a la aplicación de criterios medioambientales en la licitación correspondiente al servicio de gestión de 150 camas en el Complejo Hospitalario del Norte” con el siguiente contenido:

“En relación a la aplicación de criterios medioambientales sobre este servicio a prestar, se expone que, considerando las labores que prestará la futura empresa adjudicataria en el Complejo Hospitalario del Norte, se deberá exigir:

-Certificado ISO 14001:2015, Sistema de Gestión Ambiental . Lo que se comunica para su consideración y efectos oportunos.”

SÉPTIMO. De las alegaciones realizadas por el recurrente en su recurso, entiende este Tribunal que solo procede analizar si se considera justificado en el expediente de contratación la inclusión, como condición especial de ejecución del contrato por el adjudicatario, el poseer el certificado ISO 14001:2015, Sistema de Gestión Ambiental; sí esta obligación puede operar como tal condición y de admitirse, si son exigibles en los mismos términos que se precisa para acreditar la solvencia de los licitadores. El resto de alegaciones realizadas, tales como, que se debió incluir como criterio de solvencia de los licitadores y distinguirse entre criterio de solvencia y forma de acreditarlo, al no haberle dado el órgano de contratación tal consideración ni constar información que permita a éste Tribunal emitir un pronunciamiento, no procede su enjuiciamiento.

Analizada la documentación obrante en el expediente de contratación, como ya se puso de manifiesto en el fundamento de derecho anterior, obra un escrito remitido por el Servicio de Ingeniería y Mantenimiento del IASS al Servicio de Gestión Administrativa, donde se señala que en aplicación de criterios medioambientales sobre el servicio a prestar, considerando las labores que prestará la adjudicataria del contrato en el Complejo Hospitalario del Norte se debe exigir el “certificado ISO 14001 :2015, Sistema de Gestión Ambiental “. Las labores que prestará la empresa adjudicataria en el centro hospitalario es la justificación dada para exigir el referido certificado. No se indica en el referido escrito si su inclusión se debe realizar como criterio de solvencia, criterio de valoración o condición especial de ejecución. No obstante, el órgano de contratación incluye en el PCAP la exigencia del referido certificado como condición especial de ejecución del contrato, sin incorporar justificación adicional alguna, resultando a todas luces insuficiente la información obrante en el expediente, por lo que el primer motivo de impugnación alegado por el recurrente debe ser admitido.

El siguiente motivo de impugnación, es la configuración como condición especial de ejecución del contrato, estar en posesión del referido certificado por parte del adjudicatario.

La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, ya abogaba por la incorporación en los procesos de contratación de consideraciones sociales y medioambientales. Así el

apartado 97 de su Exposición de Motivos señala que “ 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...”. Añade que “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.”

En relación con las condiciones de ejecución, también se pronunciaba la Exposición de Motivos de la misma ,en su apartado 104 indicando que “El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. Las condiciones de ejecución de un contrato deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Lo anterior incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa.

El artículo 1.3 de la LCSP, haciéndose eco de la directiva comunitaria, consagra la integración en los procedimientos de licitación pública de los requisitos medioambientales, sociales y laborales, señalando que “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales 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...”. La citada norma impone al órgano de contratación la obligación de introducir aquellas medidas, si bien le otorga libertad para decidir si las incorpora como criterio de solvencia, de adjudicación, o como condición especial de ejecución, exigiendo siempre que se relacionen con el objeto del contrato y estableciendo como único límite el respeto al principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española de 27 de diciembre. Así, el artículo 90 de la LCSP los contempla como criterios de solvencia técnica o profesional en su apartado 1, f) y en el artículo 94, recoge la forma de acreditarlo; el artículo 145.2 lo prevé como criterios cualitativos de adjudicación y los artículos 201 y 202 como condiciones especiales de ejecución del contrato. Por tanto, será el órgano de contratación el que en atención al objeto de cada contratación defina en que términos introduce los criterios medioambientales, teniendo en cuenta la diferente naturaleza y finalidad de cada una de las fases del

procedimiento de contratación en la que pueden subsumirse (acreditación solvencia; valoración de ofertas o ejecución de los contratos). Si pretende que opere como requisito de aptitud del licitador para ejecutar la prestación objeto del contrato se configurará como criterio de solvencia; si se considerara como un valor añadido que deben aportar las proposiciones de los licitadores a la ejecución del contrato, se establecerá como criterio de adjudicación y si por el contrario, se pretende imponer una obligación medio ambiental al contratista en la ejecución del contrato no exigida por la legislación sectorial medioambiental, configuraría como una condición especial de ejecución del contrato.

En el presente recurso habrá que analizar si la obligación impuesta al adjudicatario de estar en posesión del certificado ISO 14001:2015, Sistema de Gestión Ambiental responde a la naturaleza y finalidad exigible a las condiciones especiales de ejecución de los contratos.

Previamente se hace necesario distinguir entre las obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental de preceptiva observancia con motivo de la ejecución de las prestaciones del contrato y las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental. Tal y como señala el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su

Resolución num. 1071/2018, “ El conjunto de obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social de preceptiva observancia, ha de afirmarse, en primer lugar, que no son condiciones especiales de ejecución porque, a diferencia de éstas, son obligaciones legales, lo que significa que se aplica y exigen perse, por imperativo legal, y están ya establecidas, por lo que no hay que establecerlas en lugar ni momento alguno. En segundo lugar, las condiciones especiales se pueden establecer para atender diversas finalidades como son (art. 202) promover, eliminar, favorecer, garantizar, etc. Esas finalidades que enumera la Ley, a diferencia de las obligaciones legales, que pueden obedecer a finalidades muy diversas. En tercer lugar, las condiciones especiales se vinculan a la ejecución del objeto del contrato, que es la ejecución de la prestación debida o conducta a que se obliga el contratista, y se ciñen a esa ejecución de la prestación o a los factores que intervienen en ella, mientras que las obligaciones legales sectoriales (medioambiente, social, laboral) son de general aplicación a la actividad de la empresa y en concreto, de la contratista. En cuarto lugar, el órgano de contratación debe adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones legales y para comprobar su cumplimiento (artº 201 LCSP) mientras que, por el contrario, las condiciones especiales de ejecución tienen fines de promoción, impulso, favorecimiento, evitación, etc. y carácter potestativo, siempre vinculadas a procurar la satisfacción de dichos fines en la ejecución de la prestación debida por el contratista, por lo que su establecimiento y configuración es, en principio, facultativa. “

La norma ISO 14001:2015 es una norma ambiental internacional aplicable a cualquier empresa que especifica todos los requisitos necesarios para establecer un Sistema de Gestión Ambiental en una organización, que puede ser utilizada para mejorar su desempeño ambiental y que es utilizada para gestionar las responsabilidades ambientales de la organización de forma sistemática. El cumplimiento de esta norma, al igual que ocurre con las restantes normas ISO, es de carácter voluntario. Voluntariedad que también es predicable de la solicitud y obtención de la certificación ISO por parte de las empresas, pudiendo perfectamente éstas tener un Sistema de Gestión Ambiental acorde con la referida norma, sin encontrarse certificado. En consecuencia, disponer de un Sistema de Gestión Ambiental es una decisión que corresponde adoptar a las empresas en el marco de la política medioambiental que pretendan llevar a cabo y la certificación de disponer de un Sistema de Gestión Ambiental determinado no implica necesariamente una correcta actuación ambiental de la empresa, sino que se encuentran evaluados y aceptados por un organismo independiente de certificación. Por consiguiente, debemos entender que la exigencia de que el adjudicatario esté en posesión del referido certificado, exigido en el PCAP, no viene dada por la legislación sectorial medioambiental sino que ha sido impuesta como condición especial de ejecución del contrato por parte del órgano de Contratación.

Pese a ello, se observa que en ninguna fase del procedimiento, tal y como alega el recurrente, se exige que la empresa adjudicataria deba implantar durante la ejecución del contrato un Sistema de Gestión Medioambiental, razón por lo que se desconoce cual es la finalidad perseguida por el órgano de contratación en el expediente de contratación analizado al exigir como condición especial de ejecución del contrato que el adjudicatario esté en posesión del Certificado ISO 14001:2015, Sistema de Gestión Ambiental, pues éste acredita la aptitud del adjudicatario respecto a la política medioambiental seguida por la empresa, pero no añade a la ejecución del contrato contenido alguno, al no obligar a la implementación de un Sistema de Gestión Ambiental, ni implica una mejor ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

Si la pretensión del órgano de contratación al incluir la referida obligación como condición especial de ejecución era que la empresa adjudicataria implantara durante la ejecución del contrato un Sistema de Gestión Medioambiental de acuerdo a la norma ISO 14001:2015 y que se acreditara su implantación en alguna fase de la contratación mediante la obtención del certificado por órgano independiente de certificación, debería haberlo indicado en el PCAP de forma expresa y solo sería admisible, si se expone en el expediente de contratación las razones que justifiquen la necesidad de implantar éste y no cualquier otro equivalente. Entiende este Tribunal que si bien, la LCSP guarda silencio sobre el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental cuando operen como condición especial de ejecución y su forma de acreditación, la limitación establecida por el artículo 94 de la misma, referida a la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental cuando éstos sirven como criterio de solvencia, no resulta de aplicación al encontrarnos en una fase procedimental distinta donde ya el contrato ha sido adjudicado y, su exigencia no constituye un obstáculo que afecte a la libre competencia y por ello, si el órgano de contratación

considera dicho sistema más idóneo en atención al objeto del contrato y así lo justifica en el expediente, nada obsta a su exigencia. Todo ello, sin perjuicio de considerar que si no concurren razones fundadas que justifiquen imponer un determinado sistema de gestión medioambiental deberían ser admitidos cualquiera de los previstos en el artículo 94 de la LCSP.

Los motivos expuestos nos llevan a estimar el motivo de impugnación aducido por el recurrente no admitiendo como obligación de carácter medioambiental, la previsión contenida en la Cláusula 22.9.B) del PCAP (El adjudicatario deberá poseer el certificado ISO 1400 I:2015, Sistema de Gestión Ambiental) ni como condición especial de ejecución del contrato a efectos de imposición de penalidades, tal y como se recoge en la cláusula 25.1.3) del PCAP .

No obstante, si el órgano de contratación considerara que la ejecución del contrato se beneficiaría si la empresa adjudicataria dispusiese de esta tipología de certificación, tal y como parece desprenderse del escrito remitido al Servicio de Gestión Administrativa obrante en el expediente, la LCSP en su artículo 90.1.f) posibilita su establecimiento como criterio de solvencia técnica en los términos previstos en el artículo 94 de la LCSP, si bien deberá justificarse en mayor medida su inclusión como tal, al amparo de lo previsto en el artículo 116.4 de la citada LCSP .

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO. ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.B.C. y don J.A.S.G., actuando en nombre y representación de la mercantil GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL, S.A.U. contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el contrato de Servicio de Atención residencial a personas mayores dependientes con alto requerimiento sanitario en el centro sociosanitario del Norte de Tenerife (150 plazas) declarando la nulidad del PCAP y ordenando la retroacción del expediente al momento anterior a la aprobación de éste, a efectos de la eliminación de la obligación impuesta al adjudicatario de estar en posesión del Certificado ISO 1400 I:2015, Sistema de Gestión Ambiental y como condición especial de ejecución del contrato a efectos de imposición de penalidades, advirtiendo de la necesidad de que obre en el expediente de contratación las justificaciones exigidas en la LCSP y especialmente las previstas en el artículo 116.4 de la misma.

De conformidad con lo previsto en el artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se ordena la conservación de aquellos actos y

trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción que ha dado lugar a la nulidad del acto impugnado.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el procedimiento

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.