

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

Resolución nº 108/2019

En Madrid, a 20 de marzo de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.S., en nombre y representación de Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (en adelante ASPEL), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato “Servicio de limpieza en el Palacio de Cibeles de Madrid dependiente de Madrid Destino, a adjudicar mediante procedimiento abierto armonizado a través de contratación electrónica”, número de Expediente SP18-01324, este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-El día 18 de febrero de 2019, se publicó en la Plataforma de Licitación Electrónica de Madrid Destino, la convocatoria del anuncio de licitación relativo al servicio de “Limpieza en el Palacio de Cibeles dependiente de Madrid Destino Cultura, Turismo y Negocio S.A.”, publicándose el 21 de febrero de 2019, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea. El valor estimado del contrato es de 2.645.710,04 euros.

Segundo.- El 7 de marzo de 2019, la representación de ASPEL presenta recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, contra los Pliegos.

Tercero.- La Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo acompañado del informe preceptivo, en el plazo legal de dos días hábiles.

Cuarto.- ASPEL impugna los criterios sociales de adjudicación y en concreto los que se transcriben:

“3.- Conciliación de la vida personal, laboral y familiar: hasta un máximo de 20 puntos.

3.1-Permisos:

Se valorará hasta con 20 puntos las medidas concretas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar que el licitador ya esté aplicando o se comprometa a aplicar para la plantilla que ejecute el contrato.

- a) Ampliación del permiso por maternidad en dos semanas, correspondiendo un total de 18 semanas, en vez de las 16 establecidas en la normativa: 5 puntos
- b) Ampliación del permiso de paternidad en un mínimo de 7 días, totalizando 20, más allá de los 13 días establecidos en la normativa: 5 puntos
- c) Permisos retribuidos para asistir al médico, tutorías infantiles y acompañamientos a mayores: 5 puntos

La circunstancia de la aplicación efectiva o el compromiso de aplicación futura se formalizará mediante DECLARACIÓN RESPONSABLE firmada por el representante de la licitadora.

Madrid Destino vigilará el cumplimiento de los compromisos adquiridos requiriendo la documentación que sea pertinente en cada caso. El incumplimiento de los compromisos adquiridos respecto de este criterio será penalizado de conformidad con lo establecido en el apartado 29 del presente Anexo.

En todo caso el adjudicatario garantizará la sustitución de los trabajadores en caso de coincidir las ausencias o permisos mencionados con el horario asignado al servicio en cualquiera de los centros, con la finalidad de garantizar el cumplimiento del objeto del contrato.

En la plataforma de licitación electrónica se debe introducir el valor “1” (Uno) en caso de aclarar y asumir el compromiso o “=(Cero) en caso de no asumirlo, en cada uno de los criterios”

ASPEL transcribe otros criterios sociales en su recurso, pero circunscribe la impugnación a los consignados, pues en la página 11 de su recurso afirma que: “Dentro de éstos últimos (los criterios automáticos, hasta 75 puntos) , se recogen en el apartado 19, sub apartado 3.1 del Cuadro de Características del Contrato, bajo la rúbrica de ‘Permisos’, tres medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar que entendemos carentes de vinculación con el objeto del contrato, y las cuales se detallan a continuación:

- Ampliación del permiso por maternidad en dos semanas, correspondiendo un total de 18 semanas, en vez de las 16 establecidas en la normativa. 5 puntos.
- Ampliación del permiso por paternidad en un mínimo de 7 días, totalizando 20, más allá de los 13 días establecidos en la normativa. 5 puntos.

- Permisos retribuidos para asistir al médico, tutorías infantiles y acompañamientos a mayores. 5 puntos.

Junto a dichas medidas, el órgano de contratación impone a la entidad que resulte adjudicataria del servicio, la obligación de cubrir la sustitución de los trabajadores en caso de que las ausencias o permisos mencionados coincidan con el horario asignado al servicio en cualquiera de los centros adscritos al mismo. Estas sustituciones supondrían un mayor coste de personal para la empresa adjudicataria, no constando que dicho incremento haya sido tenido en cuenta por el órgano de contratación a la hora de determinar el presupuesto del contrato”.

Quinto.- En fecha 13 de marzo, se presenta el informe preceptivo y expediente administrativo por el órgano de contratación, alegando dos motivos de oposición:

- a) Considera el recurso extemporáneo, pidiendo su inadmisión.
- b) Subsidiariamente alega por extenso contra el único motivo del recurso de ASPEL.

A los anteriores antecedentes son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

MADRID DESTINO queda definida, en los términos establecidos en el Artículo 3 j) de la LCSP, como una entidad que forma parte del Sector Público y que, sin tener el carácter de Administración Pública, se considera un Poder Adjudicador, por lo que le resultan de aplicación las normas que se establecen en el LCSP para los poderes adjudicadores. Como entidad integrante del Sector Público, de conformidad con el artículo 3.3.d), está sometida a los preceptos de la LCSP. MADRID DESTINO tiene la consideración de medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento de Madrid y de los entes, entidades y organismos

vinculados o dependientes de él, pudiéndosele conferir por parte de éstos los encargos que sean propios de las actividades que constituyen su objeto social.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de ASPEL para la interposición del recurso, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, “cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”, (artículo 48 de la LCSP).

Los Estatutos de la Asociación, artículo 4, establecen que ASPEL tiene entre sus fines, “la integración, representación y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y de la actividad empresarial definida en el artículo 3”, así como “La representación colectiva de participación y defensa más amplia de sus socios miembros”.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra los Pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de servicios de importe superior a 100.000 euros, cabiendo recurso conforme al artículo 44 de la LCSP.

Cuarto.- El escrito se interpone en plazo de quince días desde la puesta a disposición de los Pliegos, aun computando esta fecha el 18 de febrero, materia sobre la que se volverá por las alegaciones de Madrid Destino.

Quinto.- ASPEL impugna la inclusión del criterio de adjudicación transcrito sobre conciliación de la vida laboral y familiar, alegando fundamentalmente que no guarda relación con el objeto del contrato, a lo que añade alegaciones o consideraciones subsidiarias a la principal de diversa entidad, contestadas todas ellas por el órgano de contratación.

La alegación fundamental es que “Si bien es cierto, que el artículo 145 de la LCSP permite que en los pliegos regidores de la contratación se incluyan cláusulas sociales como criterios de adjudicación, se requiere que dichos criterios estén vinculados con el objeto del contrato, guarden la debida proporcionalidad y garanticen los principios básicos del sistema de contratación pública y, en especial, el principio de libre concurrencia y no discriminación”.

Subsidiariamente se contiene la afirmación de que esos permisos implican sustituciones, cuyo coste no está previsto en el presupuesto. Pero lo que subraya el mismo es que “el objeto del contrato guarda relación única y exclusiva con la realización de un servicio de limpieza de instalaciones. La integración en la empresa de

políticas concretas de conciliación de la vida personal y familiar no guarda relación alguna con el servicio contratado, y no resultan apropiadas para la selección de la oferta con mejor relación calidad precio, ya que no redundan en una mejor prestación del servicio, sino que, al contrario, son circunstancias que carecen de incidencia, tanto directa como indirecta, en el proceso productivo de la limpieza”

A ello añade:

“- Que tales medidas suponen un claro tratamiento desigualitario entre los licitadores e incluso entre los distintos trabajadores que formen parte de la plantilla de las empresas concurrentes a la licitación, pues aquellos que no estén adscritos al presente contrato no gozarán de los mismos derechos que quienes sí lo estén.

- Vulneran de la libertad de organización empresarial y de la negociación colectiva como integrante del derecho fundamental a la libertad sindical

- Y generan una serie de antinomias o disfunciones que se concretan a continuación”.

Por parte de Madrid Destino Cultura, Turismo y Negocio S.A. se afirma que el recurso es extemporáneo, partiendo de que los Pliegos se pusieron a disposición el propio día 18 de febrero y el plazo para presentar proposiciones venció el 4 de marzo, siendo aquellos ya firmes cuando se recurrió.

Este argumento no es de recibo, porque el plazo de quince días hábiles no había vencido en ningún caso el 7 de marzo, data del recurso. También se alega que una de las empresas representadas en la organización empresarial recurrente, CLECE, ya había presentado proposición con carácter previo a la interposición del recurso, vulnerando así el artículo 50.1. b) último párrafo de la LCSP.

No obstante, atendiendo a la dicción literal del mismo esta circunstancia no es optativa a la presentación del recurso, pues no es CLECE quien recurre sino, ASPEL patronal de la que forman parte 16 empresas y que obviamente no es licitadora. Este artículo reza lo siguiente: “con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”. El precepto tiene sentido respecto de los licitadores, pues la mera presentación de las proposiciones presupone la aceptación incondicionada de la totalidad del contenido y de las cláusulas de los pliegos (artículo 139 de la LCSP), pero no respecto de la Asociación empresarial, que ni es ni podría ser licitador.

Desestimando este motivo de oposición del órgano de contratación, procede entrar en el fondo del recurso.

Es sabido que la LCSP contiene un nuevo paradigma en materia de cláusulas o condiciones sociales. Así, en su propio Preámbulo, que tiene un valor interpretativo de la norma, se afirma como novedad que “se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar” (apartado IV).

“(…) 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 hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate (…).”

En consonancia con el Preámbulo el artículo 145 de la LCSP “Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato” dispone en cuanto a los criterios de adjudicación una sustitución del principio de la proposición económicamente más ventajosa por un binomio de relación calidad-precio:

“1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio (…)

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

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

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

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades (…) los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo (…).

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) En el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;
- b) O en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia materia”.

En contra de lo expuesto por el recurrente este Tribunal entiende que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar previstas en el Pliego, y que se corresponden con el Decreto de 19 de enero de 2016 del Delegado del Área de Economía y Hacienda por el que se aprueba Instrucción 1/2016 sobre la incorporación de cláusulas sociales en los Pliegos, guardan relación con el objeto del contrato en los términos previstos en el artículo 145.6 de la LCSP, es decir, que viene referido a las prestaciones personales de hacer (la limpieza) en que se concreta el objeto del contrato, en el ciclo productivo de su ejecución, aun cuando dicho factor pueda no formar parte de la sustancia material del contrato. Partiendo de la mejor relación calidad-precio, que concreta los criterios de adjudicación, no es ajena a la misma la satisfacción de los trabajadores por las mejoras sociales en materia de conciliación de la vida laboral y social.

Como dice el propio artículo 1.3 de la LCSP: “3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde 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”.

Incluir una cláusula como la controvertida en un procedimiento de esta naturaleza, viene avalado por el hecho de que el componente económico fundamental viene constituido por el coste de la mano de obra, junto con el hecho de que es un contrato que incorpora subrogación de trabajadores a través del propio Convenio Colectivo de aplicación. Se adapta en consecuencia a la tipología del contrato de que se trata.

Como señala el órgano de contratación: “Si bien, derivado del propio objeto del contrato la prestación se basa en el elemento humano, como corresponde a un servicio de limpieza, y como generador de un valor añadido se encuentran las mejoras que en su caso puedan ofrecerse durante la prestación de sus servicios,

estando evidentemente ligadas a la motivación, calidad, implicación. Conseguir el bienestar laboral del trabajador es la clave para obtener un mayor rendimiento profesional.

Por medio de lo anterior, los permisos que concilian la vida personal, laboral y familiar suponen un valor que con los años se está comprobando que está teniendo más importancia sobre los trabajadores. Para la mayor parte de la sociedad es importante disponer de tiempo para la familia. Es indispensable que los padres puedan disponer de tiempo para sus hijos y que la jornada laboral les permita conciliar.

En consecuencia se trata de una cláusula vinculada al objeto de la prestación y obedece a un objetivo social que consiste en que aquellas empresas que opten por ofertar dichos permisos fomentarán las políticas de conciliación dentro del marco de la contratación estratégica fomentada por la Unión Europea.

Es decir, el hecho de que la empresa licitadora opte o no por ofertar los permisos discutidos, si está directamente vinculado a su motivación, calidad o implicación que tendrán aquellos trabajadores que puedan beneficiarse de dichos permisos, por lo que en consecuencia afecta en su sentido positivo al cumplimiento del contrato”.

Fundamentalmente, a juicio de este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , la afirmación de la recurrente de que “la integración en la empresa de políticas concretas de conciliación de la vida personal y familiar no guarda relación alguna con el servicio contratado, y no resultan apropiadas para la selección de la oferta con mejor relación calidad-precio, ya que no redundan en una mejor prestación del servicio, sino que, al contrario, son circunstancias que carecen de incidencia, tanto directa como indirecta, en el proceso productivo de la limpieza”, es una afirmación apriorística que simplemente vacía de contenido la previsión legal sobre la inclusión de este tipo de cláusulas sociales, afirmación que solo se entiende si la motivación y el rendimiento del trabajador no guarda relación alguna con las condiciones en que se desarrolla el trabajo, y, este a su vez, con la calidad del mismo. Es que el propio artículo 1.3 de la LCSP arriba citado parte una cuasi presunción de la existencia de esa relación: “en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual”.

La Ley no detalla un tipo concreto de proceso productivo en que pueda incidir la consideración de la conciliación de la vida laboral y familiar como criterio de adjudicación, pero el vínculo con procesos productivos en que sea intensivo el uso de mano de obra y sea el principal factor o coste de producción, unido a un trabajo que requiera de presencia física en el centro de trabajo y una jornada laboral a tiempo completo, es innegable se encuentra entre los posibles. Tales circunstancias concurren en el supuesto pues de una plantilla subrogable de 59 personas, 46 trabajan el 100% de su jornada en el Palacio de Cibeles.

La ampliación del permiso de paternidad de hasta siete días, hasta un total de 13, se encuentra hoy superado por el Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo que incluye la ampliación del permiso de paternidad por un período muy superior, a 16 semanas para los trabajadores laborales (modificación artículo 48 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación), equiparándolo al permiso por maternidad.

La puntuación otorgada por estos criterios, 15 puntos, solo 10 si excluimos la ampliación del permiso por paternidad, no es desproporcionada, siendo compensable por otros criterios de adjudicación.

Además, el apartado 3 incluye dentro del apartado “Conciliación de vida personal, laboral y familiar” dos criterios a valorar:

3.1 Permisos, actualmente recurrido.

3.2 Flexibilidad horaria, de entrada y salida, aceptada por la recurrente.

La parte recurrente no hace mención alguna a la flexibilidad horaria, vinculándolo tácitamente al objeto del contrato, mientras que discute su vinculación en relación a los permisos. En ambos casos está vinculado al objeto del contrato en los mismos términos: motivación e implicación del personal adscrito al servicio, lo que a su vez repercute en una mejor y mayor calidad del servicio.

Es incoherente aceptar parte del criterio de adjudicación (flexibilidad horaria) y rechazar otra parte (permisos), siendo en ambos casos medidas de fomento a la conciliación personal, laboral y familiar y estando en ambos casos vinculada con el objeto del contrato, en los términos que se han expresado.

En cuanto a su repercusión económica por la sustitución de los trabajadores en baja el órgano de contratación calcula un coste por sustitución más maternidad prorrogada aproximado de 2.217,00 euros, cuya repercusión sobre un contrato de importe anual de 1.322.855,02 euros es inapreciable y, en todo caso dentro del “alea” del riesgo y ventura que implica el contrato administrativo, siempre supuesto que existan esas bajas.

Teniendo en cuenta que el índice de natalidad (nacidos por cada mil habitantes) se encuentra en España en el 7 por 1000 y la tasa de fecundidad en la Comunidad de Madrid (nacidos de mujeres en edad de procrear, convencionalmente entre 15 y 45 años) en el 35 por 1000, estadísticamente la probabilidad de esas bajas sobre una población diana de 59 personas se sitúa entre 1 a 3, comprendiendo varones, siendo una porción minúscula del importe del contrato.

A lo que cabe añadir que el régimen de sustituciones previsto en el punto 8 del PPT prevé supuestos de no obligatoriedad de sustitución, como los de baja ocupación del edificio, así, por ejemplo, en las épocas vacacionales.

Por otra parte, en el Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se determina expresamente (apartado 4.1 del documento nº9): “Para el cálculo del valor estimado del contrato se ha tenido en cuenta, el valor real total de los contratos a subrogar en el centro, teniendo en cuenta los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se derivan de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura.”

Se dota con suficientes recursos económicos el servicio objeto de contratación se ponen a disposición del adjudicatario. ASPEL no acredita que los permisos suponen un aumento significativo de los costes del personal, cuando los mismos son puntuales y extraordinarios. Además, los permisos de paternidad y maternidad no se producen de forma simultánea.

Técnicamente, esta ampliación de permisos es una mejora de prestaciones de la Seguridad Social expresamente prevista en los artículos 43, 148.2.c), 238, 239 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Y se encuentran amparadas en la libertad negocial y el principio de autonomía de la voluntad. Su oferta para el empresario es optativa.

También en el permiso por maternidad ha de tenerse en cuenta que el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo ya citado, lo ha ampliado ya en 14 días naturales en una serie de supuestos que podrían absorber, si concurren, la mejora del Pliego:

“a) Nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

b) Nacimiento de hijo en una familia monoparental, entendiendo por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

c) Parto múltiple, entendiendo que existe el mismo cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos.

d) Discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65 por ciento” (artículo 182 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En cuanto al principio de igualdad entre trabajadores de la limpieza, ya se ha señalado que responde a una Instrucción del Ayuntamiento, que expresamente fija los parámetros en que se pueden establecer estos criterios de adjudicación y en concreto el Decreto de 19 de enero de 2016 del Delegado del Área de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 1/2016 sobre la incorporación de Cláusulas Sociales en los contratos celebrados, entre otros, por las entidades del Sector Público municipal, habiendo emitido informe favorable a su inclusión la Dirección General de Economía y Sector Público del Ayuntamiento de Madrid.

Según esta Instrucción se considera que la “conciliación de la vida personal, laboral y familiar, las actuaciones en materia de seguridad y salud laboral y la estabilidad en el empleo”, así como el mantenimiento de las condiciones de las personas trabajadoras que prestan el servicio durante la vigencia del contrato, implica mayores ventajas para la prestación objeto del mismo y añade valorar servicio de que se trate en aquellos contratos en los que concurran los siguientes requisitos:

“a) Que de acuerdo con su estudio económico, el componente de mano de obra sea esencial (tal y como consta en la Memoria Justificativa de la contratación, que se acompaña como Documento nº 5). En dicha memoria consta el cálculo pormenorizado para cada uno de los trabajadores adscritos al centro, incluyendo pluses, seguridad social, así como bonificaciones y las sustituciones de bajas.

b) Que el pliego de prescripciones técnicas describa y detalle la relación de personal adscrito o necesario para la prestación del servicio o gestión del servicio (la relación de personal a subrogar se recoge en el Anexo I al Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, que se acompaña como Documento nº 8.1), así como en los cálculos efectuados en la propia memoria justificativa mencionada y aportada como Documento nº 5”

Según la jurisprudencia la discriminación en materia de relaciones laborales tienen que cohonestarse con el poder de dirección empresarial y la autonomía negocial de las partes. Solo la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 octubre 2011. RJ 2013\2375 cita toda esta jurisprudencia en esa dirección:

“1.- Entrando ya en la solución del tema de fondo ha de resaltarse que el principio de igualdad en las relaciones laborales no es absoluto, porque no tiene el mismo alcance que en otros contextos y ha de matizarse en función de otros valores que tienen origen en el principio de autonomía de la voluntad, que deja un margen en que el acuerdo privado o la decisión del empresario pueden libremente disponer cuestiones retributivas, respetando los mínimos legales o convencionales (SSTC 177/1988, de 10/Octubre (RTC 1988, 177); 171/1989, de 19/Octubre (RTC 1989, 171); 2/1998, de 12/Enero (RTC 1998, 2); 27/2004, de 04/Marzo (RTC 2004, 27) .SSTS -próximas en el tiempo- de 26/11/08 - rco 95/06; 09/06/09-rcud 1727/08 (RJ 2009, 5521) -; y 08/07/10 -rco 248/09 (RJ 2010, 3615) -). Y que la eficacia del principio de igualdad hace ilegítimas

las causas de discriminación específicamente prohibidas [arts. 14 CE (RCL 1978, 2836) y 17 ET (RCL 1995, 997)], pero, en la medida en que dicho principio ha de conjugarse con el de libertad, no prohíbe por sí mismo otras diferencias de trato (SSTC 177/1988, de 10/Octubre (...) 34/2004, de 08/Marzo (RTC 2004, 34); 198/2004, de 15/Noviembre (RTC 2004, 198). Doctrina recordada -entre las recientes- por las SSTS 05/11/08 (RJ 2008, 7657): RCU 4313/07; 09/06/09 (RJ 2009, 5521) - RCU 1727/08; y 21/04/10 (RJ 2010, 2638);-RCU 1075/09-), siquiera sea inaceptable la diferencia de trato cuando no tiene explicación razonable y objetiva (SSTC 191/1989, de 16/Noviembre (RTC 1989, 191); 76/1990, de 26/Abril (RTC 1990, 76); 28/1992, de 9/Marzo (RTC 1992, 28); y 117/1993, de 29/Marzo (RTC 1993, 117)) y «la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 22/1981, de 22/Julio (RTC 1981, 22) . SSTS 13/10/04 -rcu 132/2003 (RJ 2004, 7083) -; y 21/04/10-rcu 1075/09 (RJ 2010, 2638)-)"

En el caso presente no se ofrece término de comparación alguno idóneo para alegar discriminación en la aplicación de las Instrucciones del Ayuntamiento con otro centro de trabajo del mismo ni tampoco se ofrece término de comparación de discriminación en relación con la normativa reguladora del personal de limpieza de las empresas licitadoras. Entra dentro de la autonomía de los licitadores ofertar o no estas mejoras prestacionales, en línea con la tendencia y la normativa ya vigente sobre parte de la materia citada en esta Resolución, y que, además, es una medida de una entidad menor.

Las condiciones laborales de los trabajadores prescritas por las normas no se pueden comparar singularmente en relación a una medida o mejora concreta, sino en su conjunto, tal y como ordena el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ("3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables"). No cabe afirmar que se discrimina a unos trabajadores sobre otros sobre una mejora concreta, sin referencia a las condiciones laborales completas que los rigen.

El recurrente no ofrece ningún término de comparación sobre la eventual discriminación entre centros del Ayuntamiento ni sobre la discriminación con colectivos similares de las empresas de limpieza licitadoras. Sin tertium comparationis esta alegación es completamente irrelevante. No hay prueba de la discriminación.

Se afirma también que estas cláusulas restringen ilegítimamente la competencia favoreciendo a las empresas que tengan un mayor desarrollo de sus políticas de conciliación de la vida personal y familiar. Favorecerá en cualquier caso a las que incorporen estas medidas concretas y no otras, y en todo caso no

existe discriminación alguna cuando pueden ofertarlas para este colectivo de trabajadores, sin discriminación respecto de otros, como se señaló anteriormente. Nuevamente tampoco se señala un término de comparación concreto, es una mera especulación.

Colateralmente, se introducen otras alegaciones por la recurrente, que llama antinomias, que son o anecdóticas o especulativas, y sitúan las medidas de conciliación reseñadas en el marco de las mejoras salariales, señalando que repercutirán negativamente en otros colectivos que adolezcan de las mismas (menor rendimiento, discriminación salarial, etc.). Teniendo en cuenta que no tienen naturaleza de mejoras salariales, sino de prestaciones de la Seguridad Social, estas consideraciones son desestimables.

En cuanto a la ampliación de los permisos de la letra c) “Permisos retribuidos para asistir al médico, tutorías infantiles y acompañamientos a mayores: 5 puntos”, son situaciones puntuales, que no suponen incremento de coste alguno para la adjudicataria.

El propio Convenio Colectivo de Limpieza garantiza en su artículo 25 m) “diez horas anuales para acompañar a visitas médicas a hijos menores de edad, o familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad, que tengan mermadas sus condiciones físicas o psíquicas y así resulte acreditado. El uso de estas horas deberá preavisarse a la empresa con una antelación suficiente, salvo razones de urgencia. Deberá acreditarse el tiempo empleado”.

El criterio objeto de valoración y del que se pide la nulidad, incorpora el siguiente valor añadido: “El acompañamiento médico a los hijos menores y a familiares de primer grado, a partir de la hora onceava.”

El permiso de acudir a las tutorías infantiles, lo cual en todo caso y conforme la política de Recursos Humanos que tenga la empresa licitadora exigirá toda la documentación necesaria para su comprobación.

En consecuencia, dicho permiso incluido en el apartado tercero del criterio de adjudicación guarda una proporcionalidad y coherencia con el objeto propio de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral definido en el Convenio Colectivo de limpieza de la Comunidad de Madrid.

Apreciadas todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se entiende que los criterios de adjudicación impugnados, en parte ya adelantados por la legislación hoy vigente, se encuentran amparados por la dicción literal de la LCSP, no son contrarios o incompatibles con el objeto del contrato, guardan relación con el binomio calidad-precio rector de la adjudicación, no se acredita que sean discriminatorios ni para los trabajadores de las empresas licitadoras ni para los de limpieza del Ayuntamiento de Madrid, no restringen la concurrencia ni vulneran la libertad de negociación, siendo limitados y proporcionales en relación con el conjunto de la valoración.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.S., en nombre y representación de Asociación Profesional de Empresas de Limpieza ASPEL, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato “Servicio de limpieza en el Palacio de Cibeles de Madrid dependiente de Madrid Destino, a adjudicar mediante procedimiento abierto armonizado a través de contratación electrónica”, Número de Expediente SP18-01324.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la imposición de multa, conforme al artículo 58.2 de la LCSP.

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

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