

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

Resolución nº 291/2017

En Madrid, a 11 de octubre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.R.A., en nombre y representación de Alcor Seguridad, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Vigilancia y protección del Complejo Alcalá-Natura”, convocado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte (actual Consejería de Educación e Innovación) número de expediente: C-336A/011-17 (A/SER-008260/2017), este Tribunal ha adoptado la siguiente, RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 7 de septiembre 2017 se publicó, respectivamente, en Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 243.148,70 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece lo siguiente:

“Obligaciones, gastos, impuestos y responsabilidades exigibles al contratista.

(...).

Así mismo, la empresa adjudicataria deberá aplicar, durante toda la vigencia del contrato, a todos los trabajadores adscritos a la prestación del servicio, como mínimo, las tablas salariales recogidas en el capítulo XVII del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad.

Estas obligaciones tendrán la consideración de condición especial en relación con la ejecución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 del TRLCSP, con el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos establecidos en el artículo 223 f) de dicha Ley, conforme a lo dispuesto en la cláusula 42 del presente pliego”.

Tercero.- El 28 de septiembre de 2017, tuvo entrada en el registro del Tribunal, el escrito de recurso especial en materia de contratación de la representación de Alcor Seguridad, S.L., en el que solicita la anulación del PCAP en lo que respecta a la cláusula 32 que considera contraria al ordenamiento jurídico por las razones que expone en su escrito y a la jurisprudencia que cita, favorable a sus argumentos.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió copia del expediente y el informe preceptivo establecido por el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), con fecha 20 de diciembre, en el que expone que la cuestión planteada ha sido resuelta ya por el Tribunal en la Resolución 16/2016 de 3 de febrero, y que la cláusula se ha incluido como condición especial de ejecución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 del TRLCSP al objeto de cumplir con la jurisprudencia existente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de la recurrente al tratarse de una persona jurídica licitadora, “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

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

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal de 15 días hábiles previsto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues el anuncio fue publicado el 7 de septiembre en el perfil de contratante con la puesta a disposición de los Pliegos, por lo que habiendo sido interpuesto el recurso el día 28 de septiembre de 2017, se encuentra dentro del plazo establecido.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra el PCAP, correspondiente a un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El fondo del asunto se concreta en determinar si se ajusta a la legalidad la condición especial de ejecución de la cláusula 32 del PCAP, reproducida en los antecedentes de hecho.

Alega la recurrente que la cláusula impugnada y “el hecho de que se incorpore al PCAP y PPT, la exigencia del pago de los salarios conforme al Convenio Estatal de Empresas de Seguridad Privada, es una cuestión atrevida y temeraria, y totalmente ajena a la contratación administrativa, que de ningún modo puede formar parte del contenido de los pliegos reguladores del contrato, por rebasar el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos. En el caso que nos ocupa, la introducción de dichas cláusulas no cumplen con lo establecido en la normativa ni con lo estipulado en los artículo 119.2 y 120 del TRLCSP”.

Argumenta además que no está relacionada con el objeto del contrato y es una cuestión de carácter laboral y cita en apoyo de sus argumentaciones, entre otras, la sentencia 220/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de junio de 2017.

Debemos señalar que la cuestión planteada, como la recurrente sin duda conoce, y el órgano de contratación correctamente señala, ya ha sido resuelta por el Tribunal con anterioridad.

Hasta la fecha, han sido numerosa las Resoluciones, baste citar la 16/2016 de 3 de febrero, 84/2016 de 5 de mayo, 85/2016 de 5 de mayo, 86/2016 de 5 de mayo, 188/2016 de 22 de septiembre, 196/2016 de 28 de septiembre, 206/2016 de 6 de octubre y 211/2017 de 19 de julio, el Tribunal ha abordado la cuestión consistente en determinar si cabe interpretar que el artículo 150.1 del TRLCSP, regulador de los criterios de adjudicación admisibles en los procedimientos de licitación, admite la inclusión de criterios sociales como el contemplado en el Pliego impugnado.

También se ha pronunciado sobre si cabe incluir este tipo de cláusulas en el PCAP, como condiciones especiales de ejecución, así entre otras, en la Resolución 196/2017, de 5 de julio, concluyendo que de acuerdo con las Directivas comunitarias y la Jurisprudencia europea, cabe en principio su inclusión.

Por tanto procede ahora analizar la cláusula 32 del PCAP impugnada.

En primer lugar debe situarse el objeto del recurso, puesto que no se trata, como en otros casos de los citados, del establecimiento de cláusulas sociales atinentes a los criterios de valoración, sino a las condiciones de ejecución del contrato. A tenor de lo dispuesto en el artículo 118 del TRLCSP: “1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u 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 (...)”.

Por su parte el considerando 104 de la Directiva 2014/24/UE, señala respecto de las condiciones de ejecución de un contrato que “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”.

Son tres los requisitos de operatividad de las condiciones especiales de ejecución cuyo cumplimiento procede analizar con carácter inicial.

- La inclusión en el anuncio de licitación y en el pliego, o en el contrato. En este caso, tanto el anuncio de la publicación en el BOCM y en el perfil de contratación se remiten a los Pliegos y se constata que la condición especial de ejecución rebatida se recoge expresamente en la cláusula 32 del PCAP.
- Exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato. Se comprueba igualmente que en el PCAP se configura como una obligación del contratista por lo que su cumplimiento se refiere a la fase de ejecución del contrato, siendo su incumplimiento causa de resolución de contrato, cláusula 42 del PCAP.
- Carácter no discriminatorio de las condiciones que se establezca. El TRLCSP se refiere al carácter no discriminatorio de las condiciones que deban regir en la licitación pública en sus artículos 1, 139, 163 y 183, lo que revela la notoria transcendencia de su observancia en todas las fases de la licitación como requisito imprescindible para garantizar las condiciones de igualdad y la libre competencia. En el caso que nos ocupa ni se invoca, ni por ende se acredita, la eventual infracción del principio de igualdad o no

discriminación, apreciándose que la condición de ejecución afectaría del mismo modo a todos los licitadores sin que impida la licitación de empresas de terceros estados, ni de empresas que se encuentren “descolgadas” del convenio colectivo estatal en virtud de lo establecido en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, ya que la medida tiene por objeto únicamente la aplicación de las tablas salariales del convenio, cubiertas en principio por el importe de licitación previsto para el contrato por lo que no se aprecia la imposibilidad o dificultad en el cumplimiento de la misma.

Examinados los requisitos formales de la inclusión de la condición de ejecución, resta determinar si el contenido concreto de la misma es admisible a la luz de las directivas y los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Españoles, siempre partiendo del límite que opera como mínimo intangible para los órganos de contratación, y es que como ya dijimos en nuestra Resolución 27/2014, de 5 de febrero, “No resulta admisible, que la determinación del contenido de un derecho laboral pueda ser condicionada por la Administración, ajena a la relación laboral entre adjudicataria y trabajador, mediante un instrumento, como es el PPT, que obviamente no constituye fuente del derecho laboral. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en la Resolución 95/2013, de 28 de junio que considera que la Administración Pública no puede condicionar con la necesidad de visto bueno la negociación colectiva entre empresario y trabajadores”, o lo que es lo mismo no cabe legislar en materia laboral en los Pliegos. Debe señalarse en este sentido, que existen empresas que operan con diferentes convenios colectivos “de empresa”, aplicables a sus trabajadores dependiendo del área geográfica en la que prestan sus servicios, por lo que no parece que sea dificultoso desde el punto de vista organizativo o empresarial otorgar unas condiciones distintas en determinado contrato público, cuyo coste finalmente será repercutido en el precio del mismo.

En cuanto a la concreta posibilidad de establecer como condición de ejecución la aplicación del convenio colectivo estatal del sector en lugar de los posibles convenios de otro ámbito que tuvieran las licitadoras, son numerosos los precedentes pronunciamientos desestimatorios de los recursos interpuestos contra la inclusión del criterio de adjudicación consistente en aplicar la tabla salarial del convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, desde nuestra Resolución 16/2016, de 3 de febrero, si bien en tales casos, como ya hemos dicho, nos hallamos ante criterios de adjudicación y en este supuesto ante condiciones de ejecución.

En el caso en que nos hallemos ante un criterio de adjudicación, el parámetro de su vinculación al objeto del contrato, debe necesariamente examinarse a la luz de la función específica de los criterios de valoración distintos del precio, cual es añadir calidad al producto o servicio por encima del mínimo exigido en los Pliegos de forma valorable, elemento que como hemos reproducido, la Sentencia considera no presente. Esto no obstante, cuando hablamos de condiciones de ejecución del contrato no se trata de añadir calidad, por lo que no se trata de acreditar que la prestación será mejor cualitativamente hablando, sino que tiene por objeto

garantizar que las prestaciones objeto del contrato se ejecutarán en la forma requerida por el órgano de contratación. Se trata por tanto de acreditar las posibles afecciones a la ejecución contractual que por su naturaleza futura necesariamente son inciertas aunque sean posibles.

El órgano de contratación en su informe se refiere a la existencia de una Guía de Contratación Pública en el Servicio de Seguridad y Vigilancia de la Comunidad de Madrid que establece este tipo de condiciones esenciales de ejecución, aprobada precisamente con el fin de mejorar las condiciones de trabajo de las personas que prestan estos servicios y para evitar los efectos perversos e indeseados que se habían producido en su contratación y que habían redundado en una sustancial disminución de la calidad de las prestaciones.

Por todo ello debemos considerar que la repercusión de la condición introducida en la ejecución contractual ha quedado justificada, tanto por el objeto del contrato, prestación de servicios con preponderancia del personal en la organización del trabajo como por las condiciones del específico sector de seguridad en el que las condiciones laborales han sufrido un claro deterioro en los últimos años, deterioro que se ha trasladado claramente a la calidad de la prestación de los servicios.

Sexto.- En cuanto a los pronunciamientos judiciales citados por la recurrente y que avalarían su tesis, concretamente la Sentencia de 7 de junio de 2017, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como ya se dijo en la Resolución 211/2017 de 19 de julio, “este Tribunal no desconoce su existencia pero cabe citar igualmente la Sentencia de 30 de mayo de 2003, de la Sección Novena de esa misma Sala y Tribunal, que se pronunció a favor del Decreto 213/98, de 17 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que establecía medidas en la contratación administrativa de la Comunidad, para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, en definitiva criterios objetivos de adjudicación de los contratos, en relación con la estabilidad en el empleo y la contratación de trabajadores minusválidos por encima del mínimo legal.

Los Fundamentos de Derecho de esa temprana Sentencia, anterior al actual texto refundido y a las vigentes Directivas de contratación, concluyen que “del examen del Decreto impugnado se desprende que por este, no se establece una nueva condición limitativa para la contratación; ello no tiene lugar por una parte por la normativa relativa a los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo establecidos en el art. 2 del Decreto puesto que la misma no establece sino unos criterios que han de incluirse en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares que pueden o no ser cumplidos por las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato, pero que no prohíben ni limitan tal concurrencia con independencia de que su cumplimiento pueda alcanzar una determinada ponderación (20%), del total de la baremación sin que por otra parte tales criterios requieran siempre una valoración de los trabajadores con contrato indefinido de la empresa y así acontece con los criterios previstos en los apartados c) y d) del precepto. Tampoco cabe

apreciar la condición limitativa alegada por la actora en relación con la normativa relativa a los trabajadores minusválidos (arts. 4 y 5 del Decreto), por cuanto como manifiesta la propia actora o bien se trata de una obligación ya establecida previamente en las leyes 13/82 de 7 de abril art. 38.1 y 66/97 de 30 de diciembre (disposición Adicional 39), o bien la inclusión en la plantilla de trabajadores minusválidos determina una preferencia en la adjudicación siempre que exista igualdad en los términos de las proposiciones “después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos en los concursos”; lo que ya venía previsto en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 13/95. Así pues, ha de entenderse que los criterios contemplados por el Decreto impugnado ni prohíben ni limitan las posibilidades de contratar con la Administración más allá de lo establecido en el art. 20 de la Ley 13/95 de 18 de mayo”.

De igual modo, la Sentencia de 6 de octubre de 2003, de la Sección Tercera de esa misma Sala y Tribunal, respecto de la norma anteriormente citada, Decreto 213/1998 del Consejo de Gobierno, en su Fundamento de Derecho Tercero señala que “Partiendo del hecho indiscutido de que los criterios establecidos en el art. 2 del Derecho impugnado hacen referencia a la plantilla de la empresa con especial incidencia aunque no única en los trabajadores con contrato indefinido, entiende esta Sección, que aquellos ofrecen una doble vertiente: por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tienen una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración.

Ha de entenderse por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente del a baremación total de una oferta (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria”.

El Fallo en ambas sentencias fue desestimatorio de la pretensión de nulidad del Decreto impugnado”.

Todo ello muestra que respecto de la cuestión debatida no existe en el momento presente una jurisprudencia consolidada contraria a la inclusión de este tipo de cláusulas, como afirma la recurrente.

En consecuencia, considerando que la condición especial de ejecución incluida en la cláusula impugnada resulta a juicio de este Tribunal admisible, en los términos del artículo 118 del TRLCSP, del 67.2.b) de la

Directiva 2014/24/UE y de la Jurisprudencia Europea, su inclusión es adecuada a Derecho y el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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, interpuesto por doña M.R.A., en nombre y representación de Alcor Seguridad, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Vigilancia y protección del Complejo Alcalá-Natura”, convocado por la Consejería de Educación Juventud y Deporte (actual Consejería de Educación e Innovación) número de expediente: C-336A/011-17 (A/SER-008260/2017).

Segundo.- Declarar que no procede apreciar la posible 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.