

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

Resolución nº 85/2016

Madrid, 5 de mayo de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don A.R.A., en nombre y representación de la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (en adelante, Acosepri), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir en el contrato de servicios titulado: "Seguridad de los edificios de la Oficina de Cultura y Turismo", expediente C-331M/001-16 (A/SER- 002835/2016), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de abril de 2016, se publicó en el BOCM el anuncio por el que se hace pública la licitación del contrato de servicios "Seguridad de los edificios de la Oficina de Cultura y Turismo", expediente C-331M/001-16 (A/SER- 002835/2016), poniéndose los Pliegos a disposición de los interesados ese mismo día mediante su inserción en el portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid. El valor estimado del contrato asciende a 2.757.883,02 euros y su plazo de ejecución es de seis meses, comprendiendo desde el 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 2016.

Habiéndose detectado error material en el pliego publicado, se procede a su corrección sustituyendo el Anexo II, publicando en el Perfil de Contratante la corrección el día 19 de abril de 2016. Esta corrección se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 22 de abril de 2016, procediéndose a la ampliación del plazo de presentación de ofertas, concluyendo el día 3 de mayo en vez del 25 de abril inicialmente previsto.

De acuerdo con la cláusula 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se asignarán 60 puntos al criterio de valoración precio.

Asimismo al compromiso de aplicar durante la vigencia del contrato, a todos los trabajadores adscritos a la prestación del servicio las retribuciones mínimas establecidas en el Anexo II al Pliego de Prescripciones Técnicas se asignan 20 puntos, indicando que "El cumplimiento de esta obligación ante el órgano de contratación se acreditará a requerimiento de éste durante la vigencia del contrato, o en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva".

Por último se asignan otros 20 puntos al compromiso de aplicar durante la vigencia del contrato un Plan de Formación Continua en materia de seguridad que suponga un incremento sobre las 20 horas lectivas anuales mínimas obligatorias establecidas en el artículo 57.2 del Reglamento de Seguridad Privada, con un porcentaje de, al menos, el 50% de formación presencial, en el conjunto de materias específicas, que concreta.

SEGUNDO.- Con fecha 25 de abril de 2016 Acosepri interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación ante este Tribunal contra el PCAP por el que ha de regirse el contrato, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Con fecha 29 de abril se requirió a la recurrente para que en un plazo de tres días hábiles, aportara el Acuerdo del órgano competente, según los estatutos de Acosepri, que autorice al compareciente para interponer el presente recurso, con el apercibimiento expreso de que en caso de no atender este requerimiento en el plazo señalado, se le tendrá por desistido de su petición.

El mismo día de presentación del recurso se requirió al órgano de contratación para que de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP, remitiere el expediente e informe preceptivo, lo que se verificó el 27 de abril.

La recurrente solicita la anulación de la cláusula nº 8.2.1 del PCAP, y que se suspenda el procedimiento de licitación de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 del TRLCSP. Esgrime como motivo de impugnación la infracción de lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP en cuanto a la relación de los criterios de valoración con el objeto del contrato, indicando que “la retribución que cada empresa decida pagar a los trabajadores es una cuestión que en nada afecta a la prestación del servicio, ni directa, pues no se alcanza a comprender en qué afecta una mejor vigilancia etc., con lo que cobre el personal, ni indirectamente, ya que estos ni siquiera quedarán al servicio de la administración al terminar el mismo”.

Así mismo considera que ello afecta a las empresas que ya tienen pactado su sistema retributivo, de manera que para participar con éxito en el concurso se ven “obligadas a alterar lo pactado”. Por último indica que si se obliga a modificar un elemento tan importante del presupuesto de las empresas como es el coste de personal, el cumplimiento del criterio afectaría al equilibrio presupuestario de las mismas.

Por su parte el órgano de contratación en su informe, defiende la adecuación a derecho de los pliegos impugnados señalando que “unas mejores condiciones laborales de los vigilantes de seguridad, además de cumplir con un objetivo estratégico de los poderes públicos, redundan necesariamente en una mejor realización de las funciones por parte de los trabajadores afectados, lo que tiene una relación evidente con la calidad del servicio que se va a prestar (...)”.

“El compromiso de aplicar unas retribuciones mínimas no es más que un criterio de valoración que en nada impide que se puedan presentar a la licitación cualesquiera empresas de seguridad debidamente acreditadas como tales, y que en ningún caso serán excluidas por este motivo, por lo que el establecimiento de dicho criterio no tiene carácter discriminatorio”, indicando que “lo que el Pliego hace es primar con determinada puntuación, el pago de los salarios establecidos como retribuciones mínimas en el Anexo II al Pliego de Prescripciones Técnicas, los cuales se han extraído del actual convenio estatal, correspondiendo en todo momento la opción al licitador. De hecho, si la empresa que resultara adjudicataria no hubiera ofertado esta mejora en ningún caso la Administración podría exigir el pago de esas retribuciones”.

Además concluye que “el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución nº 16/2016, de 3 de febrero, se pronuncia ante un recurso análogo interpuesto por el mismo recurrente, en términos similares a lo establecido en el presente informe y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución nº 210/2016, de 18 de marzo”.

TERCERO.- Cabe destacar que como señala el órgano de contratación, este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse en un recurso interpuesto asimismo por Acosepri, contra los pliegos de un contrato de servicios de seguridad convocado por el Ayuntamiento de Madrid, con motivo de la inclusión en el mismo de semejantes criterios de valoración, basados en el compromiso de cumplimiento del Convenio Colectivo Estatal del sector. Dicho recurso fue desestimado mediante Resolución 16/2016, de 3 de febrero de 2016.

CUARTO.- No se ha procedido a conceder el trámite de audiencia previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP en tanto no constan en el expediente otros interesados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo establecido en el apartado a) del punto 2 del artículo 44 del TRLCSP cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales el cómputo del plazo iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme se dispone en el artículo 158 del texto refundido.

Habiéndose publicado la convocatoria el día 15 de abril en el BOCM y puesto los pliegos a disposición de los licitadores ese mismo día, el recurso presentado el día 25 de abril, se interpuso en plazo, sin que la corrección de errores y nueva concesión de plazo tenga efecto alguno en este caso respecto del cómputo del mismo.

TERCERO.- El recurso se ha interpuesto contra el PCAP de un contrato de servicios clasificado en la categoría 23 del Anexo II TRLCSP: “Servicios de investigación y seguridad, excepto servicios de furgones blindados”, (Código CPV: 79710000-4), con un valor estimado superior a 209.000 euros que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.b) y 2.a) del TRLCSP.

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

En los Estatutos de la Asociación se establece, en cuanto a su ámbito territorial y profesional, que Acosepri es de carácter estatal, y en cuanto a sus fines, el artículo 6 de los citados Estatutos, establece que “los fines de la asociación son la representación, defensa y promoción de los intereses económicos, sociales y culturales de las empresas de seguridad asociadas (...)”.

Con fecha 5 de mayo de 2016 se ha recibido, certificado de que con fecha 30 de abril se adoptó por la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación, acuerdo de ratificación de las actuaciones realizadas por su Presidente, de impugnación de los pliegos objeto del presente recurso.

Si bien el requerimiento efectuado con fecha 29 de abril, con apercibimiento de tenerle por desistido en los términos del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) no se ha atendido en el plazo de los tres días concedido, el desistimiento tácito, no es más que una presunción, que por tanto admite prueba en contrario, y queda destruida por cualquier actividad del recurrente tendente a continuar con el recurso. De esta forma si el requerimiento se atiende fuera de plazo, pero antes de dictar resolución, o no se atiende pero se fundamenta la oposición a su cumplimiento, no cabría tener por desistido al recurrente.

QUINTO.- Los motivos que fundamentan el recurso no difieren de los motivos hechos valer en el recurso objeto de la Resolución 16/2016, que por otro lado no es directamente controvertida en el texto del actual recurso. Únicamente se cuestiona en el recurso el criterio relativo a la aplicación de las retribuciones mínimas que se establecen en el Anexo II del PPT. Tampoco se aduce la existencia de diferencia alguna entre ambos supuestos de hecho.

Debe señalarse con carácter previo que la recurrente invoca de nuevo el carácter del contrato como no sometido a regulación armonizada, si bien no le atribuye en este caso un efecto concreto a dicha condición. Esto no obstante, como también dijimos en nuestra Resolución 16/2016, en el caso de la regulación de los criterios de adjudicación, el legislador español no ha establecido un régimen diferenciado en función del carácter de los contratos como sujetos o no a regulación armonizada, lo que no justifica un tratamiento diferente en la interpretación del contenido de los mismos en función de cada tipo de contrato.

Cabe citar a este respecto la Sentencia de 14 de enero de 2016, “Ostas celtnieks” SIA contra Talsu novada pašvaldība y Iepirkumu uzraudzības birojs, asunto C-234/14, en cuyo considerando 20, se señala que debe recordarse, a este respecto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, la interpretación de las disposiciones de un acto de la Unión en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste se justifica cuando el Derecho nacional las ha hecho directa e incondicionalmente aplicables a tales supuestos, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de esas situaciones y las comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho acto (Sentencia Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, apartado 23 y jurisprudencia citada).

Tal y como indicábamos en la anterior Resolución, el artículo 150 del TRLCSP establece que “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a “otros semejantes”, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios.

Los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, contemplan también la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, además de la rentabilidad, el valor técnico, etc., pero estos criterios sociales, como se desprende de la literalidad del precepto son cualidades de la prestación dirigida a los destinatarios de la misma, no como en el caso del pliego sometido a este recurso, a los empleados de las prestadoras del servicio.

En el momento actual se aprecia una tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de criterios sociales en la contratación, con el objetivo de conseguir una contratación socialmente más responsable, que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, inserción de personas discapacitadas, etc. Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas Directivas de contratación que se refieren a la “contratación estratégica”, que permite

implementar con la contratación pública las políticas públicas en áreas que se consideran esenciales, pudiendo plantearse atender este objetivo mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el establecimiento de criterios de adjudicación al efecto.

Debe tenerse en cuenta la nueva Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo plazo de transposición ha concluido el reciente 18 de abril de 2016, en cuyo Considerando 39 se prevé (de la misma forma que su predecesora en su artículo 26, transpuesto a su vez en el artículo 118 del TRLCSP), que “También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público”.

Esta regulación, recoge los criterios jurisprudenciales sentados entre otras en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland, al concretar el alcance de los criterios de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que después de señalar en el considerando 55 que “no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora”, continúa indicando en sus considerandos 59 y 64 que “Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato”. (...) “De estas consideraciones resulta que, cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, con arreglo al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato”, relación que deberá ser examinada al caso concreto.

Por último traíamos a colación el considerando 91 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, en el asunto C 368/10, que señala que “no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste” que concluye que “nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo”.

Por otro lado, no debe olvidarse que la inclusión de esos criterios sociales debe respetar en todo caso el principio de igualdad y no discriminación entre las empresas licitadoras como ya determinó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia, de 26 de septiembre de 2000, Nord-Pas-de-Calais, asunto C-225/98, en la que afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que esta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente

equivalentes. Finalmente, refiriéndose a la aplicación de un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo, el Tribunal precisa que este no debe tener una incidencia directa o indirecta en los licitadores procedentes de otros Estados miembros de la Comunidad y ha de mencionarse expresamente en el anuncio de contrato, con el objeto de que los contratistas puedan tener conocimiento de la existencia de tal condición. En igual sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, asunto C-31/87.

Señalábamos asimismo que se trata de una cuestión doctrinal no exenta de dificultad, respecto de la que no existe unanimidad, ni un pronunciamiento específico de la jurisprudencia. A lo que cabe añadir que no son pocas las administraciones y entidades contratantes que se encuentran en proceso de abordar la implementación de sus políticas sociales con la inclusión obligatoria en los pliegos de este tipo de criterio. Así el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha dictado la Resolución 210/2016, de 6 de marzo, en la que para un contrato semejante al que nos ocupa, admite asimismo la inclusión como criterio social del compromiso de respetar el nivel salarial del Convenio Colectivo Estatal.

Por otro lado este Tribunal, también considera intangible al ámbito de la contratación pública los derechos de los trabajadores, entre ellos los de la negociación colectiva o el derecho de huelga (Vid. Resoluciones 95/2013, y 27/2014) y que no cabe regular en los pliegos cuestiones que corresponden a la normativa laboral. Pero entiende que en este supuesto no se están regulando las condiciones laborales de los trabajadores de la futura adjudicataria, ni estableciendo una obligación de carácter general para los licitadores, sino que lo que hace el Pliego es primar con determinada puntuación, el pago de los salarios establecidos en el convenio estatal, correspondiendo la opción al licitador.

Sentado todo lo anterior, nada hay que objetar al criterio de valoración controvertido, de acuerdo con el TRLCSP y su interpretación a la luz de las Directivas y jurisprudencia europea, tal y como más arriba se ha expuesto, puesto que su inclusión, especialmente en este tipo de contratos en los que nos encontramos con prestaciones personales y en los que el componente esencial viene dado por el coste de la mano de obra, no supone trato discriminatorio para ninguna empresa, ni ninguna carga presupuestaria exorbitada como aduce Acosepri, puesto que a la hora de elaborar sus ofertas, las empresas que pretendan obtener puntuación por este o el otro criterio de carácter social, necesariamente obtendrán una menor puntuación en el apartado de la oferta económica, ya que deberán presupuestar en principio mayores gastos, teniendo en cuenta además que el importe de licitación cubre, de acuerdo con la Memoria Económica del Contrato, los costes de aplicación del convenio de referencia del salario indicado en el Anexo II del PPT, sobre todo en un contrato de escasa duración como el que nos ocupa. En consecuencia, una puntuación compensa a la otra, dependiendo de la estrategia empresarial que se opte por un apartado o el otro.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar recurso especial en materia de contratación formulado por don A.R.A., en nombre y representación de la Asociación de Compañías de Seguridad Privada, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir en el contrato de servicios titulado: “Seguridad de los edificios de la Oficina de Cultura y Turismo”, expediente C-331M/001-16 (A/SER-002835/2016).

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 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.