

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 858/2020

Recurso nº 527/2020 C.A. Región de Murcia 38/2020

Resolución nº 858/2020

En Madrid, a 31 de julio de 2020.

VISTO el recurso formulado por D. J. E. M. A., en nombre y representación de “AUDIOVISUALES TCERO, S.A.”, contra el PCAP que ha de regir el procedimiento de licitación del contrato de “gestión indirecta del servicio público de comunicación audiovisual televisivo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, (Expediente 2/2020), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Presidencia y Hacienda de la Región de Murcia acordó mediante Orden de 25 de febrero de 2020 el inicio del expediente de contratación relativo a la “gestión indirecta del servicio público de comunicación audiovisual televisiva de la comunidad autónoma de la región de Murcia (2020-2025)”, por procedimiento abierto, y mediante la utilización de varios criterios de adjudicación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 145 y 156 de la LCSP.

Segundo. El día 3 de marzo de 2020 se declara por Orden de la Consejería de Presidencia y Hacienda la tramitación de urgencia del expediente de contratación, ex artículo 119 de la LCSP.

Tercero. Por Orden de 27 de marzo de 2020, de la Consejería de Presidencia y Hacienda, se dispone la aprobación del PCAP y el PPT, así como la publicación de los mismos en el perfil de contratante de la CARM, de acuerdo con el artículo 63 de la LCSP, con el fin de asegurar una máxima difusión y publicidad de la prestación que se trata de contratar, dada la complejidad técnica de la misma, pero se acuerda que, debido a la situación de alerta sanitaria, el plazo de presentación de ofertas quedaba suspendido según lo

establecido en la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Cuarto. La Orden de 2 de junio de 2020 de la Consejería de Presidencia y Hacienda dispone la apertura de la fase de licitación del expediente de referencia debido a que el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, establecía, con efectos desde el día 1 de junio de 2020, la reanudación de los plazos administrativos suspendidos por la Disposición adicional tercera del mencionado Real Decreto 463/2020.

El anuncio de licitación fue publicado en el perfil del contratante el 3 de junio de 2020, y en el DOUE el 5 de junio.

El plazo para la presentación de las ofertas finalizaría el día 2 de julio de 2020, a las 14 horas.

Quinto. El 15 de junio de 2020, AUDIOVISUALES TCERO, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación, al considerar nula la cláusula 3.3 del PCAP, la cual, entre los criterios dependientes de un juicio de valor, señala:

“3.3. Condiciones salariales de los trabajadores (6 puntos)

Se valorarán las mejoras en las condiciones salariales de toda la plantilla indicada en el punto anterior, a las que el licitador se comprometa durante el periodo de ejecución del contrato.

Para las nuevas contrataciones de personal afectado por el convenio colectivo del sector de la industria de producción audiovisual (técnicos), si las hubiera, acorde con el apartado anterior, se deberán indicar las condiciones salariales iniciales.

Con el fin de valorar las mejoras en las condiciones salariales, se deberá rellenar la siguiente tabla, indicando por anualidades las subidas lineales, si las hubiera:

| Año 1 | Año 2 | Año 3 | Año 4 | Año 5 | Subidas lineales (%)”. |
|-------|-------|-------|-------|-------|------------------------|
|-------|-------|-------|-------|-------|------------------------|

En relación con dicha cláusula dice la recurrente: “Considerando que ni del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ni del Pliego de Prescripciones Técnicas (...) se desprende justificación adecuada y suficiente que motive la inclusión de este criterio evaluable mediante juicio de valor, se viene a formular el presente recurso por no encontrarlo ajustado a Derecho”.

A lo largo del escrito, detalla los motivos de la impugnación, señalando que “La optimización de las condiciones salariales no implica necesariamente mejores servicios, ni tampoco que la oferta de un licitador

que proponga pagar a toda su plantilla, incluida la relacionada en el Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y en el Anexo 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas una cantidad por encima del mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación, mayor a la que oferte otro licitador, implique que la plantilla del primer licitador prestará el servicio mejor que la de la segunda, en términos del rendimiento definido en las prescripciones técnicas. Así lo ha establecido el Tribunal al que tengo el honor de dirigirme en su Resolución 235/2019, dentro del Recurso 764/2018, de fecha 8 de marzo de 2019, o en su Resolución 897/2019, dentro del Recurso 454/2019, de 31 de julio de 2019”.

Dice además que “En efecto, en cualquiera de las interpretaciones, la inclusión de un mayor salario de toda la plantilla relacionada en el Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y en el Anexo 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas respecto del establecido en el convenio colectivo del sector de la industria de producción audiovisual (técnicos), como criterio de valoración de la adjudicación, comporta la creación de desigualdades y distorsiones entre los licitadores”.

Entiende, además, que la cláusula referida vulnera el espíritu de la LCSP, señalando que “El objetivo perseguido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, del Contratos del Sector Público es garantizar que la regulación "se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa". Obviamente, si son mayores los costes sociales a soportar por el licitador, la oferta económica que éste presente será, al propio tiempo, mayor, sin que el servicio público de comunicación audiovisual televisivo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se vea beneficiado, conculcándose, de ese modo, la regla concerniente a que la adjudicación recaiga en la oferta económicamente más ventajosa para la Administración”.

En apoyo de sus pretensiones cita nuestras resoluciones 897/2019, 235/2019, 334/2019 y 660/2018, así como la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 4/2018 y del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 86/2018 y 124/2017. Hace referencia también a los pronunciamientos del TSJ de Madrid en sus sentencias 136/2018, de 23 de febrero y 181/2019, de 14 de marzo.

Termina su exposición señalando que “Por lo tanto, entendiendo que la protección social mínima de la plantilla relacionada en el Anexo II recogidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y en el Anexo 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, ya se encuentra en los mencionados preceptos 122 y 202, el criterio de valoración para la adjudicación del contrato de gestión indirecta del servicio público de comunicación audiovisual televisivo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia licitado bajo el número de expediente 2/2020 comporta una vulneración de los principios de libertad de acceso a las

licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, ignorando el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se debe alcanzar salvaguardando la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Sexto. A la vista del recurso, el OC elaboró informe el 24 de junio, en el que defiende la validez de la cláusula impugnada, señalando que “La calidad del servicio de comunicación audiovisual televisiva está estrechamente relacionada con la calidad de los profesionales que lo prestan. Y solo unas condiciones salariales mejores a las existentes en el mercado laboral regional del sector pueden asegurar el poder contar con los mejores profesionales que, por sus conocimientos, habilidades técnicas y experiencia, puedan ofrecer un servicio público de calidad”.

Analiza la naturaleza del servicio, señalando que “La televisión pública regional realiza un papel fundamental y clave en la gestión de las situaciones de emergencia”, y se refiere al informe de la Dirección General de Informática Corporativa, que indica que “la consideración de mejores condiciones salariales redundaría no sólo en asegurar que la prestación se realiza por los mejores profesionales, sino que la prestación del servicio no se verá interrumpida, garantizando de este modo la continuidad de un servicio público considerado legalmente de carácter esencial”.

Dice el OC que “En este contrato, tal y como se recoge en el estudio de viabilidad, uno de los factores principales en la estructura de costes es el del personal, por lo que el criterio de adjudicación sobre mejora de las condiciones salariales contribuye a apreciar esa vinculación con el objeto del contrato que es la prestación del servicio público de comunicación audiovisual, configurado como servicio esencial, en términos de rendimiento, puesto que existe una estrecha vinculación entre las condiciones salariales de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, en primer lugar, con la continuidad del servicio y, en segundo término, en la calidad del mismo”.

Señala además que “no puede obviarse lo dispuesto en el artículo 145.2.1º de la LCSP que concreta que la selección de la mejor oferta puede tener en cuenta “al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; 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; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato”.

Defiende el OC en su informe que, a la vista de la redacción del precepto citado, la LCSP persigue potenciar la implementación de políticas de dignificación de las condiciones laborales y sociales de las personas trabajadoras, así como configurar oportunidades de orientar el mercado y la selección de las empresas licitadoras hacia consideraciones de responsabilidad social.

Por otro lado, se muestra conforme con la recurrente en que la interpretación de la LCSP tiene que tener en cuenta las pautas marcadas por el Derecho Comunitario, pero defiende que “la aplicación de la Directiva 24/2014 no puede realizarse de manera sesgada y limitada a las determinaciones más convenientes para una de las partes”.

En este punto, alega el OC que la Directiva “no establece una lista cerrada de criterios de adjudicación, sino que fija unas pautas de actuación y permite que dentro de esos márgenes el legislador nacional pueda establecer los mecanismos que considere adecuados para lograr el resultado que la norma comunitaria persigue. En este sentido, hay que afirmar que es una preocupación de las Instituciones comunitarias, como se ha plasmado en la Guía de la Comisión Europea para practicar consideraciones sociales en la contratación pública, de octubre de 2010, el hecho de establecer mecanismos que favorezcan, desde la contratación pública, que las empresas contratistas paguen salarios dignos y practiquen contrataciones laborales de calidad. Y esto es lo que ha sucedido en el artículo 145 de la LCSP cuando se ha incluido dentro de los criterios de adjudicación, entre otros, la mejora de las condiciones laborales”.

Entiende que, con arreglo a la normativa vigente, el concepto de mejor oferta no está limitado al concepto de oferta económicamente más ventajosa, sino la mejor relación calidad-precio, y en el que la oferta finalmente seleccionada será la que en su conjunto presente las mejores condiciones, que por lo tanto no coincide necesariamente con la que oferte el precio más bajo.

Además, considera que el criterio de adjudicación basado en las mejores condiciones salariales está vinculado con la prestación del servicio público esencial de comunicación audiovisual, objeto de este contrato, conforme a la LCSP, puesto que el artículo 145.6 estima que existe vinculación cuando el criterio “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 material”.

Alega, por otro lado, que en contra de lo que señala la recurrente, la aceptación de la mejora de las condiciones salariales como criterio de adjudicación no produce una restricción de la competencia y del principio de igualdad entre licitadores. En este sentido, manifiesta que la valoración de este criterio supone un total de 6 puntos sobre los 49 que se otorgan en los criterios sometidos a un juicio de valor, por lo que la inclusión de este criterio no marca una diferencia insalvable por los puntos que se le asignan, y su ponderación no es determinante para seleccionar la mejor oferta.

Defiende en último término que, además del reconocimiento expreso previsto en el artículo 145 de la LCSP, se cumplirían las exigencias básicas que permiten afirmar la legalidad y viabilidad del criterio en un asunto concreto, a saber:

- “1.- Que no exista desproporción con el criterio que valora la oferta económica.
- 2.- Que, en relación con el objeto, se trate de un contrato relativo a los servicios a las personas.
- 3.- Que sea formulado de manera objetiva y proporcional”.

Séptimo. El 30 de junio de 2020 se dictó resolución acordando conceder la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento, sin que ésta afecte al plazo de presentación de ofertas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el artículo 46.2 de la LCSP por la que se transponen 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 el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (actualmente, Ministerio de Hacienda) y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 4 de marzo de 2012 (BOE de fecha 21/11/2012), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 20 de octubre de 2015 (BOE de fecha 11/11/2015) y nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 19 de noviembre de 2018 (BOE de fecha 01/12/2018).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartados 1 y 2.a) de la LCSP.

Tercero. Concorre en la recurrente la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, tal y como ha reconocido este Tribunal a partir de la interpretación amplia que el Tribunal Constitucional ha deparado en relación con el concepto de legitimación activa (por todas, las sentencias núm. 119/2008, de 13 octubre y

número 38/2010, de 19 de junio).

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. Como hemos visto en sede de antecedentes, el recurso se fundamenta en un único motivo, y es que, a juicio de la recurrente, resulta contraria a Derecho la cláusula 3.3. del PCAP, relativa a las condiciones salariales de los trabajadores; dicha cláusula se integra entre los criterios sobre la estructura organizativa y medios humanos.

Debemos comenzar el análisis del motivo señalando que este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este tipo de mejoras, en concreto y entre otras, sobre las mejoras salariales, en varias resoluciones, como es el caso de la Resolución nº 235/2019, Recurso 764/2018, de 8 de marzo de 2019, en la que, partiendo de la necesidad de analizar la introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación del contrato a la luz de la normativa comunitaria e interna vigente, dijimos: “La determinación de si los dos indicados criterios sociales de adjudicación impugnados son o no conformes con la Directiva 2014/24/UE y, de serlo, si lo serían también con la LCSP, ha de hacerse, en primer lugar, ante dicha Directiva y mediante el examen de la adecuación de aquellos criterios de adjudicación a la citada Directiva en dos aspectos concretos, a saber: 1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y 2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público: a) Deben estar vinculados al objeto del contrato. b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente. c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento. d) Deben publicarse previamente”.

Sexto. Como vemos, el primer aspecto de los antes reseñados que ha de concurrir en un criterio para que pueda serlo verdaderamente de adjudicación es que concurra en él la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación.

A ese fin, la Directiva 2014/24 determina en su Considerando 89 que:

(89) «La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos “oferta económicamente más ventajosa” como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas...».

Y en el Considerando 90 determina que

(90) «La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte, conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato».

Por tanto, con arreglo a la Directiva, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe efectuarse sobre la base criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y respecto de la fijación de normas de calidad, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.

La Directiva 2014/24 concreta en su Considerando 92 la condición esencial de todo criterio de adjudicación, al determinar que:

(92) «Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades».

Por tanto, como dijimos en nuestra resolución 235/2019, “la Directiva concreta ese aspecto esencial de todo criterio de adjudicación en que ha de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas”.

Por tanto, para que sea válido el criterio de adjudicación es necesario que sea objetivo (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permita evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.

Si bien es cierto que la Directiva 2014/24 no ignora que los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio se integran en el objeto del contrato en sentido amplio, comprensivo de los factores que intervienen en cualquier fase del ciclo de vida de la prestación, ello no altera que la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, aunque sea a través de alguno de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar, ha de permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio.

Lo anterior resulta confirmado por el Considerando 94 de la Directiva 2014/24, que determina que:

(94) «Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta».

Es decir, las cualidades del personal empleado determinantes de la calidad en la ejecución del contrato sí pueden emplearse como criterio de adjudicación, pero solo si ello es determinante para el nivel del rendimiento del contrato, aspecto éste último que el artículo 67 de la Directiva concreta en que esa calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. De lo que se sigue que un criterio de adjudicación solo puede basarse en aspectos, circunstancias o cualidades concurrentes en el personal empleado en la ejecución del contrato cuando ello afecte al nivel de rendimiento de la prestación objeto del contrato, o afecte de manera significativa a la ejecución del contrato.

Pues bien, en caso de que se tenga en cuenta la calidad del personal (como por ejemplo en los servicios intelectuales), se pueden utilizar como criterios de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal; sin embargo, no pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni, por ello, a su valor económico.

Por otra parte, como determina la propia Directiva 2014/24, algunas consideraciones sociales vinculadas al proceso de producción solo pueden utilizarse de forma limitada como criterios de adjudicación o como condición de ejecución, tal y como establece el Considerando 98 de la Directiva 2014/24, en cuanto determina que:

«...deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva».

Dijimos también en nuestra resolución 235/2019 que “afecta también a la cuestión que nos ocupa la circunstancia de que algunas consideraciones sociales que reúnan los requisitos exigidos pueden operar como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, pero otras solo pueden operar como condiciones de ejecución, sin duda porque no pueden reunir los requisitos intrínsecos para ser criterio de adjudicación, tal y como determina la Directiva 2014/24, en el Considerando 98, párrafo segundo”. En dicho considerando se señala:

(98) «Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional».

(104) «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».

De acuerdo con lo expuesto, solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas.

Séptimo. Cumplido el requisito anterior para que un criterio de adjudicación sea admisible como tal, el segundo aspecto que determina si los dos criterios de adjudicación impugnados son admisibles o no por ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, es que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso

deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público, que son:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.
- d) Deben publicarse previamente”.

Sobre el primer requisito, vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, la Directiva 2014/24, en su Considerando 98, determina que:

(98) «Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate».

Y el artículo 67.3 de la misma Directiva determina que:

«Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».

De los textos expuestos resulta claramente que un criterio de adjudicación cumple el requisito indicado si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto.

Ahora bien, como dijimos antes, solo será admisible como tal criterio de adjudicación si además cumple el requisito propio sustancial de cualquier criterio, que es el más arriba reseñado de que afecte al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnicas.

En cuanto al tercer requisito del criterio, esto es, que debe respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento, debe indicarse que un criterio de adjudicación no es admisible si es contrario a la igualdad entre operadores o es discriminatorio, lo cual ocurre o puede ocurrir si evalúa mejoras sobre las condiciones salariales convenios colectivos distintos dentro del territorio nacional, o respecto de empresas de otros países miembros, bien sean mejores, bien sean peores, pues si una licitadora ya acude con unas condiciones salariales según su convenio territorial, inferiores a las del convenio territorial del poder adjudicador, se verá discriminada respecto de las empresas de ese territorio, o si ya tiene condiciones salariales mejores se verá favorecida, lo que determinaría desigualdad y discriminación.

Octavo. Procede, a continuación, examinar si el criterio de adjudicación impugnado en este recurso cumple o no los requisitos expuestos para ser admisible como criterios de adjudicación.

Para ello debemos partir de que, como hemos dicho en los fundamentos anteriores, ese examen deberá hacerse desde la perspectiva de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, si bien interpretando ésta a la luz de la Directiva citada, pues, a fin de cuentas, dicha LCSP transpone aquélla al ordenamiento interno, por lo que los conceptos básicos empleados y su régimen han de interpretarse en función prevalente de la Directiva citada, que es la fuente de la regulación de la LCSP. Así, un criterio de adjudicación solo será admisible si cumple la condición establecida en la Directiva 2014/14 de que permita valorar las ofertas en términos de rendimiento del contrato, de la obra, el suministro o el servicio, tal y como es definido en las especificaciones técnicas, es decir, que pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, la ejecución de su objeto.

Además, el hecho de que la Directiva 2014/24 y la LCSP regulen unas mismas materias, si bien ésta transpone aquélla al ordenamiento interno español, puede determinar la existencia de aparentes contradicciones; no obstante, ello no se plantea en este caso, pues la regulación de la LCSP siempre será susceptible de armonizarse con la de la Directiva al no incurrir en modo alguno en infracción de la misma. En concreto, en materia de criterios de adjudicación, es obvio que la LCSP no contiene concepto y determinación alguna para definir qué es un criterio de adjudicación. Por el contrario, la Directiva sí lo contiene, y resulta de uno de sus Considerandos, que deriva de la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, determinar qué cualidad debe concurrir en un criterio de adjudicación para ser admisible, ha de buscarse en la Directiva citada. Por el contrario, el solo hecho de que la LCSP relacione una serie de finalidades a las que pueden referirse, entre otras, las características sociales del contrato, que no menciona expresamente la Directiva o que parece reconducirlas a una operatoria diferente, no implica que el criterio de adjudicación no pueda operar como tal, sino que solo podrá hacerlo si se “configura de forma que concurra en él la cualidad que le hace ser admisible como criterio de adjudicación, que es determinar un mejor nivel de rendimiento del contrato, de su objeto prestacional o de la calidad de su ejecución”.

En cualquier caso, en la resolución de la cuestión planteada en este recurso, cabe perfectamente una

interpretación armónica de la LCSP conforme con el contenido de la Directiva 2014/24. Tal y como afirma la Audiencia Nacional en su Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Recurso nº 193/2018: «En conclusión, en caso de contradicción entre la norma nacional y la comunitaria debe plantearse cuestión prejudicial si existieran dudas sobre el alcance del Derecho de la Unión sobre la institución regulada por el Derecho Nacional; pero en el caso de que no existieran dudas, y la vulneración infringida por el Derecho Nacional resulte evidente, lo que procede es su inaplicación en favor del de la Unión, sin necesidad de formular cuestión prejudicial».

Pues bien, en nuestro caso, no existe una clara contradicción de la LCSP con la Directiva en los aspectos que nos ocupan, por lo que cabe superar una aparente contradicción mediante una interpretación de la LCSP acorde con las determinaciones del Derecho Comunitario, en este caso, de la Directiva 2014/24.»

En nuestra resolución 235/2019, sobre el concreto criterio MEJORAS SALARIALES, tal y como estaba delimitado en el PCAP allí impugnado, dijimos:

“Décimo. El primer criterio de adjudicación impugnado es el de «Calidad del empleo. Condiciones salariales». En él se valoran las propuestas de mejora de las condiciones salariales sobre lo establecido en el Convenio de Limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, y se da la máxima puntuación a la propuesta que presente el mayor porcentaje de subida salarial, de manera que el resto se reducirá proporcionalmente.

Como puede apreciarse, ese criterio recae sobre las condiciones salariales del personal empleado en la ejecución de la prestación objeto del contrato, que son servicios de limpieza. Por ello, se refiere al factor que interviene en la ejecución del contrato, el personal empleado, por lo que se cumple el requisito de su referencia a dichos factores, aunque no apreciamos su vinculación con el objeto del contrato en sentido estricto, esto es la prestación contratada, que son los servicios de limpieza a prestar.

La circunstancia anterior nos lleva a tener que comprobar si ese criterio de adjudicación, tal y como se configura en el PCAP incide en el rendimiento de las ofertas en la ejecución de los servicios tal y como son definidos en las especificaciones técnicas, si mejoran ese rendimiento o la calidad de la ejecución y si permiten medir esas mejoras de niveles de rendimiento valorando comparativamente los de las distintas ofertas.

Pues bien, este Tribunal no aprecia cómo esas mejoras de las condiciones salariales pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, en definitiva, al valor económico de la oferta, como se requiere en la Directiva 2014/24, para que un criterio de adjudicación opere como tal y sea admisible.

Es más, se plantea cómo ese criterio, tal y como se configura, incide en la prestación objeto del contrato o se

refiere a ella para medir o evaluar la mejora del nivel de su rendimiento y, por ello, cómo puede permitir evaluar comparativamente la mejora del nivel de rendimiento de la oferta sobre el contrato, y ello sin discriminación o desigualdades. Así, apreciamos que si una empresa parte desde un principio con unas condiciones salariales mejores que las del convenio respecto de otra empresa, el esfuerzo para mejorar las condiciones salariales según el criterio impugnado será mayor en la oferta de esta última empresa, ya que a aquélla le podría bastar con las condiciones que ya aplica como empresa a su personal. Así, si esta última empresa oferta las propias condiciones salariales que ya aplica en su empresa, no efectúa mejora alguna, aunque las condiciones salariales que ya aplica a su personal ya sí son mejores, pero la otra empresa, si parte de unas condiciones salariales peores a las que aplica aquella otra, sí puede esforzarse en mejorar sus condiciones salariales para el contrato licitado; sin embargo, si no supera las condiciones que ya aplica la otra empresa, obtendría menos puntos a pesar de haber mejorado las condiciones salariales que aplicaba sobre convenio. En definitiva, el criterio sería discriminatorio, pues valoraría condiciones de la empresa que ya aplica a todos sus trabajadores en un caso, mientras que en el otro valoraría solo condiciones salariales mejoradas para el personal que vaya a adscribirse a la ejecución del contrato.

Por tanto, el criterio impugnado no puede cumplir la condición exigida en la Directiva 2014/24, ya reseñada, y, además por ello mismo, puede ser discriminatoria. Por ese motivo, no es admisible como criterio de adjudicación tal y como está configurada en el PCAP. Por la misma razón, no apreciamos su vinculación con el objeto del contrato, entendido en su sentido estricto, de la prestación objeto del mismo, los servicios de limpieza, aunque sí con el personal empleado en la ejecución de dicha prestación”.

En ese mismo sentido, si bien de forma más directamente referida a la vinculación con el objeto del contrato, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, en su Resolución 4/2018, de 26 de noviembre de 2018, Recurso nº 4/2018, que cita la recurrente en su escrito, se ha pronunciado sobre el criterio adjudicación consistente en el aumento porcentual del salario base de los trabajadores que intervengan de manera directa en la ejecución del contrato respecto del salario base estipulado por Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de la limpieza de edificios y locales de Sevilla durante toda la ejecución del contrato, resolución en la que, con cita de diversa jurisprudencia y doctrina de diversos Tribunales de Recursos Contractuales, incluido este TACRC, considera que: “En el caso objeto del presente recurso considera este Tribunal sin embargo, que no queda justificada la preceptiva relación por los siguientes motivos: Se trata de una justificación genérica e imprecisa donde no se concreta la vinculación existente entre el objeto del contrato (prestación del servicio de limpieza) y la mejora salarial incorporada como criterio de adjudicación, muestra de ello es el uso de conceptos tales como "mejora del clima laboral" o "paz social" que no son suficientes para mostrar la requerida vinculación, o invoca como justificación abstracta el peso fundamental de los gastos de personal en el contrato, por lo demás característica señera de todos los contratos de servicios; la justificación relativa al "compromiso que como Institución Pública este Parlamento de Andalucía asume en la defensa de la mejora de los trabajadores en general podría invocarse por cualquier poder adjudicador”.

Como hemos visto, la Directiva 2014/24/UE establece que los criterios de adjudicación deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como se define en las prescripciones técnicas, y que, si se tiene en cuenta la calidad del personal, se pueden utilizar como criterios de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal (Considerando 94).

Ahora bien, el mayor salario de los trabajadores que ejecuten la prestación respecto del establecido en el Convenio colectivo sectorial de aplicación nada tiene que ver con el nivel de rendimiento de cada oferta, tal y como se define en las prescripciones técnicas, ni con las características permitidas por la Directiva para evaluar la calidad del personal: cómo se organizan, su cualificación y experiencia.

Los salarios que la empresa adjudicataria satisfaga a sus trabajadores, por encima del convenio colectivo de aplicación, no son un aspecto que defina las prescripciones técnicas, ni es útil a los efectos de hacer una evaluación comparativa de las ofertas para elegir la que presente una mejor relación calidad – precio.

Como hemos dicho en resoluciones anteriores (por todas, las nº 14/2020, 897/2019 y 235/2019), no se comparte la hipótesis de que con mejores salarios se prestarán necesariamente mejores servicios. No se considera, por ejemplo, que la oferta de un licitador que proponga pagar a los trabajadores de su empresa que realicen la prestación una cantidad por encima del mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación, mayor a la que oferte otra empresa licitadora, implique que los trabajadores de la primera empresa prestarán el servicio mejor que los de la segunda, en términos del rendimiento definido en las prescripciones técnicas.

Por tanto, el presente criterio de adjudicación no es un criterio admisible conforme a la Directiva 2014/24/UE.

Si acudimos a lo establecido en la LCSP, observamos que la misma no establece expresamente como válido un criterio de adjudicación como el cuestionado: un mayor salario sobre el establecido en el convenio colectivo sectorial de aplicación.

El artículo 145.2 de la LCSP permite que los criterios de adjudicación que se establezcan se refieran a las finalidades de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, y de mejora de las condiciones laborales y salariales. Pero no dice expresamente que un criterio de adjudicación pueda referirse directamente a estas cuestiones, sino a esas finalidades, y mucho menos que permita hacerlo por encima de los umbrales mínimos establecidos legalmente.

Por su parte, el artículo 145.5 de la LCSP exige que, en todo caso, los criterios de adjudicación tienen que estar vinculados al objeto del contrato. Como recoge la citada Resolución del Recurso 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 220/2017 y 136/2018 afirman que un criterio de valoración consistente en el

compromiso de aplicar a los vigilantes de seguridad que presten el servicio objeto de contratación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, no ofrece una relación directa con el objeto del contrato, y no es una cláusula social de las que la Directiva 2014/24/UE permite incluir como criterio de adjudicación. Dice la segunda sentencia que este criterio de adjudicación «puede producir discriminación en relación con las empresas que no se rijan por el Convenio Estatal, en detrimento de las ofertas de los participantes que tengan suscrito un convenio de empresa propio», y que «el incremento salarial de los trabajadores en contratos de este tipo en que los costes salariales constituyen la parte esencial del precio fomentará la realización de ofertas económicamente más elevadas cuanto mayores sean también los costes salariales y viceversa, traduciéndose esta exigencia en la presentación de ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente para la Administración, en contra del espíritu que ha de regir en la ponderación de las ofertas para seleccionar un adjudicatario en los artículos 150 y siguientes del TRLCSP, cuya finalidad es que resulte elegido el licitador cuya oferta sea económicamente la más ventajosa para la Administración, y sin que el servicio se vea beneficiado, y con evidente discriminación entre las empresas con mayores o menores posibilidades económicas, aunque todas hayan tenido ya que acreditar la solvencia económica como condición previa».

Por otro lado, aun cuando esas sentencias tuvieron lugar bajo la vigencia del anterior TRLCSP, su fundamento se considera válido con la nueva LCSP, porque, aunque el artículo 145.6 amplía los supuestos en que el criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato, extendiéndolo a cualquiera de sus aspectos, a cualquier etapa de su ciclo de vida y a los factores que intervienen en determinados procesos, a renglón seguido afirma respecto de esos factores que intervienen en el proceso de prestación de los servicios (uno de los cuales es el «factor trabajo»), que deben referirse especialmente a «formas de prestación socialmente sostenibles y justas». Este Tribunal ya ha interpretado (resolución 235/2019) que la expresión «socialmente sostenibles y justas» se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son.

Además, el artículo 1 de la LCSP, en coherencia con el artículo 31 de la CE (según el cual el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía) proclama como uno de los principios que deben informar la contratación del sector público la estabilidad presupuestaria y el control del gasto.

Pues bien, es evidente, tal y como afirma la mencionada Sentencia del TSJ de Madrid 136/2018, que el criterio de adjudicación recurrido supone un incremento automático del precio del contrato para la Administración, sin una contraprestación que redunde directamente en un mejor rendimiento del servicio tal y como está definido en las prescripciones técnicas, por lo que este criterio vulnera los proclamados principios de eficiencia, economía y control del gasto.

Además, el criterio de adjudicación recurrido parece atentatorio contra la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado, que reconoce el artículo 38 de la Constitución, suponiendo una injerencia indebida en la relación entre la empresa y sus trabajadores, por referirse a niveles distintos a los que el artículo 145.6 de la LCSP considera referentes especiales de los criterios de adjudicación de carácter social: el nivel socialmente sostenible y justo. Es decir, el nivel legalmente establecido.

En definitiva, entendemos que el criterio de adjudicación impugnado no cumple los requisitos para ser válido con arreglo a la Directiva y a la LCSP, destacando de todo lo expuesto el hecho de que por sí solas las mejores condiciones salariales no mejoran la calidad de las prestaciones objeto del contrato o su rendimiento o cualidades, y que el criterio impugnado, al implicar inevitablemente una subida de los costes salariales y por tanto del precio del contrato, atenta también contra el principio capital de la selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1.1 LCSP) y de la selección en función de la mejor relación calidad-precio establecida por el art. 145 de la LCSP.

En conclusión, procede estimar el recurso interpuesto contra este criterio y anular la cláusula que lo establece en lo atinente al mismo.

Por todo lo anterior, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso formulado por D. J. E. M. A., en nombre y representación de “AUDIOVISUALES TCERO, S.A.”, contra el PCAP que ha de regir el procedimiento de licitación del contrato de “gestión indirecta del servicio público de comunicación audiovisual televisivo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, (Expediente 2/2020).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

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