

Informe núm. 139/2020

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del Servicio de limpieza y, en su caso, lavandería en diversos centros adscritos al Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA).

Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA).

ANTECEDENTES

Se examina el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del Servicio de limpieza y, en su caso, lavandería en diversos centros adscritos al Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA) (expte. 20/022), mediante tramitación ordinaria, procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, remitido por el ERA.

En respuesta a dicha solicitud de informe, de conformidad con lo establecido por el artículo 1.2 del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, el Letrado que suscribe emite su parecer al respecto con arreglo a las siguientes:

CONSIDERACIONES DE DERECHO

De conformidad con lo establecido en 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, el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), y demás disposiciones de general aplicación, se realizan las siguientes **OBSERVACIONES** :

PRIMERA.- Sobre el objeto del contrato y la necesidad administrativa a satisfacer (cláusulas 2.1.1 y 2.1.3). El artículo 28.1 de la Ley de Contratos

establece que “las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”. Los términos prohibitivos en los que se expresa el precepto transcrito obligan a considerar extra muros de los fines institucionales propios del ERA la contratación del servicio propuesto para –entre otros– diversos centros polivalentes de recursos (CPR), como se proyecta en el presente caso dado que de los artículos 18 y 19 del Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias, resulta la adscripción *ope legis* de los denominados centros polivalentes de recursos a la Consejería (hoy de Servicios y Derechos Sociales) y no al ERA, persona jurídica distinta y diferenciada de la Administración del Principado de Asturias (cfr. artículo de la 38 Ley del Principado de Asturias 7/1991, de 5 de abril de asistencia y protección al anciano). A mayor abundamiento, el artículo 41 de la citada Ley autonómica dispone que *“el Organismo autónomo no podrá realizar funciones que no le estén expresamente encomendadas, ni dedicar sus fondos a finalidades distintas de las que constituyen el objeto que el mismo tiene asignado.”*

Este criterio ha sido previamente manifestado por el Servicio Jurídico en informes 470 y 490/2016, 168/2017, 95/2018 y 72 y 280/2019, 54–2020, 91–2020, entre otros, en relación con la contratación por el órgano consultante de otros bienes o servicios destinados a los centros de día o a centros polivalente de recursos. Y es que, en efecto, no se puede perder de vista que la capacidad de obrar de toda persona jurídica viene determinada por *“las leyes y reglas de su constitución”* (artículo 38 del Código Civil) lo que, puesto en relación con el artículo 39.2, letra “a” de la Ley de Contratos, sugiere un posible vicio de nulidad en la contratación proyectada. Y si bien es cierto que mediante Resolución de la Consejera de Servicios y Derechos Sociales de 27 de diciembre de 2016 (BOPA de 16 de enero de 2017) se delega en el organismo autónomo *“el ejercicio de la competencia para la prestación de los servicios públicos que sean necesarios en los Centros Polivalentes de Recursos gestionados por el ERA [sic], cuyo uso principal sea residencia de personas mayores, y ello en todo lo que exceda de la competencia ya atribuida a dicho organismo por la Ley 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección al anciano”*, no lo es menos que dicha delegación se adopta con fundamento en el artículo 8 de la Ley 40/2015, de

1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que permite a los órganos de las Administraciones públicas delegar el ejercicio de sus competencias en los organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de aquélla, no obstante lo cual en el Principado de Asturias, la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, restringe la delegabilidad de las competencias propias de los Consejeros a que ésta se haga en favor de Viceconsejeros, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales o Jefes de Servicio, o sea, órganos de la Administración del Principado, cualidad en absoluto predicable del organismo autónomo ERA, lo que sugiere la necesidad de revisar el meritado acuerdo de delegación. Finalmente, tampoco se tiene constancia de la indispensable aceptación de la delegación por parte del organismo autónomo delegado, algo que *prima facie*, parece que correspondería a su Consejo de administración (cfr. artículo 44.1 de la Ley del Principado de Asturias 7/1991, ya citada).

Segunda. Objeto del contrato: Acerca de la existencia de un único lote para la prestación de los servicios de limpieza y lavandería (cláusula 2.1.1). Como es sabido, la vigente Ley de contratos ha venido a invertir la regla general que se utilizaba hasta ahora en materia de división en lotes del objeto del contrato. Y así, desde su entrada en vigor, debe justificarse en el expediente la no división del contrato en lotes, con el fin de facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas. Si bien el artículo 99.3 de la ley permite al órgano de contratación excepcionar la regla general de dividir en lotes el objeto del contrato *“cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente”*.

Al tiempo, considera motivos válidos a estos efectos –entre otros– *“el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos [continúa el precepto] deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”* (letra “b” del artículo citado).

En el pliego se configura como objeto del contrato “la prestación de los servicios de limpieza y, en su caso, lavandería en las dependencias de diversos centros adscritos al ERA”, y se dividen en seis lotes en atención a los lugares de prestación de los servicios. Así, en los lotes 1,2,3,4 y 6 el objeto del contrato incluye los servicios de limpieza y lavandería, y en el Lote 4 solo el de limpieza.

Pues bien, vista la cláusula 2.1.1, a la luz del precepto antedicho, procede señalar la necesidad de que en el expediente se *justifique debidamente*, con la adecuada pormenorización, las *razones técnicas* que dificultarían la correcta ejecución del contrato, de dividirse éste en más lotes, cuya concurrencia en el caso concreto deberá ser fundada y demostrable (justificada), con estimación –siquiera prudencial– de las consecuencias de todo orden que podrían suscitarse de producirse la división; así como –en su caso– la *imposibilidad* (rectamente entendida en el sentido de imposibilidad material y no de mera dificultad o incomodidad) de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones que integren el objeto del contrato si hubiese una pluralidad de contratistas. Máxime, cuando en anteriores años los contratos del servicio de lavandería en centros adscritos al ERA (lavado, desinfección, secado y transporte de ropa: v.gr. expte. Contratación nº 19/007 que incluyen CPR de Lastres y Residencia Casa del Mar) se tramitaron de forma independiente al servicio de limpieza.

Tercera.– Presupuesto base de licitación (Cláusula 2.1.6) El artículo 100 de la LCSP se refiere al “*presupuesto base de licitación*” entendido como límite máximo de gasto incluido el IVA, y exige que en el PCAP se desglose los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Asimismo, en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato –cual es el caso–, en el presupuesto debe figurar de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, lo que no sucede en la presente cláusula.

En efecto, en esta cláusula 2.1.6 se presupuestan los salariales tomando como referencia el Convenio Colectivo del sector de la limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, cuando el objeto del contrato

incluye tanto el servicio de limpieza como el de lavandería, calculándose los importe mínimos de solvencia económica y técnica desglosando las actividades de limpieza, lavandería y residuos (cláusula 2.4.9, apartado b).

CUARTA.- Criterios de adjudicación (cláusula 2.3). En el apartado b) se relaciona como criterio de adjudicación “*b.- Oferta de un porcentaje de trabajadores adscritos a la ejecución del contrato con contratos de duración indefinida (De 0 a 30 puntos)*”

Deberá justificar adecuadamente el órgano de contratación la elección de este criterio social, en los términos exigidos por la normativa de aplicación, teniendo en cuenta, a mayores, la obligación de la empresa adjudicataria de adscripción de personal prevista en el apartado 17 del Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias. En concreto, como ya se puso de manifiesto en el informe del Servicio Jurídico nº 62/2020 (expte. 20/006), deberá determinarse que realmente la ejecución del contrato mediante contratos de duración indefinida afecta de manera significativa a la ejecución del contrato *-de la prestación que constituye su objeto-*, tal y como es definido en las especificaciones técnicas. Al respecto resulta claramente ilustrativa la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 378/2019, de fecha 11 de abril de 2019¹, cuyo razonamiento resulta plenamente aplicable al criterio de adjudicación mencionado:

“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, 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.

Sobre el segundo requisito del criterio (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 unas mejoras sobre las condiciones salariales establecidas en un convenio de ámbito territorial determinado respecto de las establecidas en el convenio de otro ámbito territorial distinto 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

¹ [https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recursos%200131%20y%200387-2019%20CE%201%20y%202-2019%20\(Res%20378\)%2011-04-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recursos%200131%20y%200387-2019%20CE%201%20y%202-2019%20(Res%20378)%2011-04-2019.pdf)

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.

Noveno. Procede, a continuación, examinar si los dos concretos criterios de adjudicación impugnados en este recurso cumplen o no los requisitos expuestos para ser admisibles como criterios de adjudicación. No obstante, con carácter previo debemos poner de relieve ciertos aspectos.

El primero es que es indudable que 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 especificaciones técnicas, es decir, que pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, la ejecución de su objeto.

Por otra parte, 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”

Obsérvese que esta misma Resolución al analizar el criterio de adjudicación referido a la “*Calidad del empleo. Condiciones salariales*», concluye que no es un criterio admisible en los términos formulados, en base a un razonamiento que “*mutatis mutandi*” resulta nuevamente aplicable al PCAP sometido a informe:

“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 aquella 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 a su personal, 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.

CONCLUSIONES

ÚNICA.- Se informa **DESFAVORABLEMENTE** el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del Servicio de limpieza y, en su caso, lavandería en diversos centros adscritos al ERA (expte. 20/022), mediante procedimiento abierto y un varios criterio de adjudicación, remitido por la Directora Gerente del Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, en tanto no se atiendan las observaciones formuladas.

Es opinión de quien suscribe, salvo mejor criterio fundado en derecho.

Oviedo, 28 de julio de 2020
LA LETRADA DEL SERVICIO JURÍDICO
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS