

Recurso nº 587/2021
Resolución nº 594/2021

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 30 de diciembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales (en adelante AFELIN), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato de “servicio de refuerzo de limpieza y desinfección de diversas zonas de los Centros de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria dependientes del Servicio Madrileño de Salud por procedimiento abierto, criterio único” (expediente A/SUM -038666/2021), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de octubre se publicó en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación. El 27 de octubre en el BOCM y una rectificación el 13 de diciembre. Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas se publican en el Portal el 3 de diciembre. El valor estimado del contrato es de 7.115.635,64 euros. Se contempla una duración máxima incluidas prórrogas de 28 meses. Se licitan 4 lotes según Centros de Salud.

Segundo.- Con fecha 22 de diciembre de 2020, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de AFELIN impugnando los pliegos que rigen el contrato

y solicita la estimación del recurso con subsanación de los pliegos, retroacción de las actuaciones al momento previo a su elaboración, y convocatoria de nueva licitación. Alega dos motivos: la consideración de un único criterio de adjudicación (precio) vulnera frontalmente el artículo 145.3.g) de la LCSP por ser un contrato con uso intensivo de mano de obra y el precio no puede ser el único criterio de adjudicación; el apartado 19 de la cláusula 1 vulnera el principio de tipicidad sancionadora al ser las mismas las infracciones graves y las muy graves.

Tercero.- El Órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 28 de diciembre el expediente de contratación y el preceptivo informe a que se refiere el artículo 56.2 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).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

Quinto.- Instada la suspensión no cabe pronunciarse sobre la misma al resolver directamente sobre el fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal

Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de AFELIN para la interposición del recurso, mediante la presentación de sus estatutos por tratarse de una asociación empresarial representativa a nivel estatal de los empresarios de limpieza de edificios y locales, siendo uno de sus fines defender los intereses de sus miembros y promover y proteger la libre competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al prever que en todo caso se entenderá legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Se acompaña certificado de la sesión de la Junta de Afelin que acuerda la interposición del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra los Pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado en tiempo y forma, al haberse interpuesto recurso el 22 de diciembre de 2021 ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que los pliegos se publicaron en el perfil de contratante de la PCSP el 3 de diciembre, y en la forma y lugar previstos en el artículo 51.3 de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si el criterio de adjudicación recogido en el PCAP cumple con los requisitos exigidos en la LCSP. Y gira sobre la interpretación del artículo 145.1.3 primer párrafo y 3. g) de la LCSP, a cuyo tenor:

“3. La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

(...)

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

*En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o **de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación.** Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación”*

El único criterio de adjudicación en la licitación es el precio, lo que se justifica en el expediente, en el artículo 145.3 g) primer párrafo de la LCSP transcrito que permite el criterio único en los contratos de servicios cuando: “las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”.

Para Afelín se vulnera el artículo 145.3 g) párrafo segundo, que exige una pluralidad de criterios cuando el contrato conlleve el uso intensivo de mano de obra, independientemente que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no admitan variar los plazos de entrega ni modificaciones: “en los

servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”.

El uso de mano de obra en los contratos de limpieza implica del 90 al 95% del precio, según los estudios que aporta.

Acompaña diversas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en recursos a instancias de Afelin: la Resolución nº 702/2018, la 98/2019, y la nº 1337/2020.

Así en la Resolución 702/2018 de 8 de 20 de julio se afirma:

“Al objeto de advenir que el presente contrato, que tiene por objeto la limpieza de edificios, es en mano de obra intensiva la recurrente aporta las estadísticas del Registro Mercantil de las que resulta que los gastos de personal suponen el 90% del total de gastos de las empresas de limpieza.

Atendiendo a dicho informe, elaborado sobre la base del contenido de los datos comunicados a los Registros Mercantiles correspondientes al ejercicio 2016, se observa que en el sector de las empresas de limpieza de edificios los gastos de personal supusieron el 90,89% en las microempresas; 95,10 % en las pequeñas; y 95,20% en las medianas.

A la vista de estos datos, y dado que el órgano de contratación no los ha desvirtuado aportando informe económico alguno, debe concluirse que los contratos de servicios de limpieza de edificios son contratos de intensiva mano de obra dado que su ejecución precisa de un gran número de trabajadores en comparación con las necesidades de capital que son precisas”.

El órgano de contratación argumenta no cumplirse la condición de uso intensivo de mano de obra, por las particularidades del caso al ser un contrato de

limpieza de refuerzo por Covid-19. Alega por extenso y motivadamente, pivotando sobre dos elementos: no es un contrato con uso intensivo de mano de obra; y le es de aplicación el apartado primero del artículo 145.3.g) citado por estar perfectamente definidas las prestaciones, que permite la pluralidad de criterios de adjudicación en los contratos de servicios. El primer punto no figura en el expediente de contratación como justificación de la existencia de un solo criterio de adjudicación. La memoria justificativa obvia el párrafo segundo del artículo 145.3.g). Respecto del empleo de mano de obra afirma:

“1. No estamos ante un contrato de limpieza ordinario. Estamos hablando de un servicio que tiene como objeto reforzar el servicio de limpieza para desinfectar una zona muy pequeña del centro de salud, que es la destinada a los enfermos de Covid 19.

2. La “intensividad”, además de ser un término no jurídico que no está recogido en el TRLCSP, no se corresponde con la realidad del contrato. No hay que confundir que en el peso del precio del contrato la mano de obra represente aproximadamente el 90% del total, con la posible penosidad del trabajo a realizar. En la gran mayoría de contratos de servicios, la partida fundamental, son los recursos humanos, por lo que alegar dicha obviedad carece de fundamento. Por otro lado, el trabajo consiste en desinfectar una o dos salas de unos 15 a 20 m2, en una hora, es decir entre 30 a 40 m2, muy inferiores a los ratios medios del sector. Además, la contratación es de una, dos o tres horas al día al final de cada turno, según la tipología del centro, será de 14 a 15:00 horas para el turno de mañana, de 20 a 21:00 horas para el turno de tarde y de 7 a 8:00 horas en aquellos centros con turno de noche. En ningún caso se puede aducir esa supuesta “intensividad”. A este respecto ya se ha pronunciado el Tribunal de Administrativo Central de Recursos, en su resolución de fecha 21 de mayo de 2020 Recurso nº 292/2020. C.A Castilla-La Mancha 13/2020 Resolución nº 635/2020).

3. *La referencia que hace AFELIN, a otros posibles criterios objetivos de valoración de adjudicación del contrato (incorporación de cláusulas sociales, ambientales y de innovación), recogidos en el punto 9 del PCAP, no son adecuados al objeto de este contrato. No estamos hablando de un servicio de limpieza habitual u ordinaria, sino de un servicio de desinfección con agua y una solución de lejía, que tiene que ser prestado por trabajadores formados (que son objeto de subrogación en este expediente), y en el que no cabe incorporar otro tipo de soluciones, pues son las indicaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS).*

4. *Tal y como recoge el artículo 145.3 g) de la LCSP, la aplicación de más de un criterio de adjudicación, procederá en todo caso en los contratos de servicios, salvo cuando las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega, ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo el precio el único determinante de la adjudicación”.*

La Resolución 635/2020 del TACRC citada por el órgano de contratación refiere a un supuesto cualitativamente distinto. Trata del servicio de control y prevención de la legionelosis en las instalaciones de los centros municipales del Ayuntamiento de Albacete, en los que los costes de mano de obra no representan el 90% del total. Tras un discurso sobre el concepto de “uso intensivo” se afirma:

“Por ello, el Tribunal considera que para que el servicio pueda calificarse como “intensivo en mano de obra” debe requerir en su prestación una elevada cantidad de mano de obra y, además, que los costes que represente el factor trabajo sean absolutamente predominantes, respecto del total de costes (como, por ejemplo, en los contratos de servicios de limpieza, en que así lo hemos declarado, en los que el coste de la mano de obra viene a representar aproximadamente un 90 % del total).

La asociación recurrente aporta un informe de la consultora AFI, que cuantifica los costes de personal de las empresas del sector de sanidad ambiental en un 53%.

Conforme a lo anteriormente argumentado, este Tribunal no considera que este dato sea suficiente para calificar el presente contrato como “intensivo en mano de obra”, por lo que se desestima este motivo de recurso”

El tema de la subrogación es abordado en la Resolución 98/2019 de 8 de febrero del mismo Tribunal. No empece a la aplicación de la norma sobre el uso de varios criterios de adjudicación:

“No empece lo anterior el que el órgano de contratación afirme que la redacción de los pliegos salvaguarda los derechos de los trabajadores que serán objeto de subrogación, puesto que no observa la reiterada doctrina de este Tribunal en cuanto a que en los contratos de servicios en intensa mano de obra el que tuvieran las prestaciones perfectamente definidas técnicamente y que no permita variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase no permitía exceptuar la regla de que habían de ser adjudicados atendiendo a una pluralidad de criterios”.

Descartada la argumentación fundada en Resolución del TACRC, que no es al caso, el órgano de contratación no aprecia el uso “intensivo” de mano de obra porque es un refuerzo, para limpiar y desinfectar dos salas de pacientes presuntamente infectados de Covid-19, 30 a 40 minutos al día sobre 40 metros cuadrados, trabajo realizado con protocolos ya definidos por la OMS, en todos los Centros de salud concernidos.

La Resolución 635/2020 del TACRC citada por el órgano de contratación realiza una exégesis de la expresión “uso intensivo de mano de obra” y concluye que debe ser un uso muy por encima del mayoritario o del 50% del coste:

“Pues bien, de la información que nos ofrece la exégesis de la palabra “intensivo” el Tribunal deduce que no basta para que el servicio sea calificado como “intensivo en mano de obra” con que los costes de personal sean superiores a otros costes, o que

dichos costes representen más del 50% del total de costes, sino una nota de mayor intensidad, como reflejan las expresiones arriba subrayadas.

Si el legislador hubiera pretendido que los contratos de servicios en que los costes de personal representen más del 50% exigieran necesariamente más de un criterio de adjudicación, lo podría haber indicado con la expresión “servicios en que los costes de personal sean mayoritarios”, o “servicios mayoritarios en costes de personal”; pero no lo ha hecho así, y ha empleado una expresión distinta que significa una mayor intensidad.

Por ello, el Tribunal considera que para que el servicio pueda calificarse como “intensivo en mano de obra” debe requerir en su prestación una elevada cantidad de mano de obra y, además, que los costes que represente el factor trabajo sean absolutamente predominantes, respecto del total de costes (como, por ejemplo, en los contratos de servicios de limpieza, en que así lo hemos declarado, en los que el coste de la mano de obra viene a representar aproximadamente un 90 % del total)”

El criterio fijado por la doctrina para discernir el “uso intensivo de mano de obra” es simplemente el porcentaje que representa en el coste del contrato, siendo muy superior al 90% en el caso. Desglosado el precio en la Memoria Economica :

Precio medio hora: 15,44 euros

Plus de peligrosidad: 3,09 euros

Dispersión: 0,39 euros

Materiales (EPIs): 1,14 euros.

Precio Total: 20, 05 euros

Los materiales representan el 0,56 % del coste total de la hora.

Respecto a este punto no existe duda sobre la existencia de uso intensivo de mano de obra.

La prestación laboral de estos trabajadores, tema en el que parece centrarse el órgano de contratación, no es menos intensiva porque se concrete a espacios y horarios determinados, sino menos extensiva, es más intensiva incluso. En cualquier caso, el criterio no se centra en el esfuerzo, el rendimiento o la penosidad que se menciona, sino en el coste, como corresponde a un contrato administrativo en el que se contrata una empresa para prestar un servicio, no un trabajador. Los criterios de adjudicación giran sobre la relación calidad/precio (artículos 1 y 145.1 de la LCSP).

El contrato de limpieza ha sido tratado constantemente por los Tribunales Administrativos de Contratación como un contrato intensivo en el uso de mano de obra: Así, el TACRC en la reciente Resolución 1672/2021 de 19 de noviembre:

“En este caso, si bien es cierto que el contrato aparece definido como servicio de limpieza y jardinería, del pliego de prescripciones técnicas es la prestación de limpieza la que representa la mayor importancia siendo la jardinería una prestación accesoria residual que no ha merecido ni referencia a un CPV y que se permite su subcontratación.

El contrato de servicios de limpieza, como advierte la recurrente se ha reconocido por este Tribunal, entre las últimas en la Resolución nº 1136/2021, de 9 de septiembre, como un característico contrato intensivo en mano de obra. En el caso objeto de este recurso la memoria justificativa, al calcular el presupuesto base de licitación atribuye a los gastos salariales el ochenta por ciento del coste del contrato (setenta por ciento en costes directos y 10 en costes indirectos): En definitiva, el Tribunal aprecia que el contrato considerado, de limpieza y jardinería, es intensivo en mano de obra y, en consecuencia, en relación con los criterios de adjudicación será de aplicación el régimen contemplado en el artículo 145.3.g) de la LCSP”.

El propio órgano de contratación admite que el coste laboral es superior al 90% del importe del contrato.

Esta alegación sobre el no uso intensivo de mano de obra tiene que rechazarse.

En segundo lugar, justifica la aplicabilidad del párrafo primero del artículo 145.3.g) de la LCSP, señalando que es un caso paradigmático de la misma:

“Las prestaciones están perfectamente definidas en el PPT y son las indicaciones de la OMS las que han definido las actuaciones a realizar para hacer frente a la pandemia.

Tampoco es posible modificar los plazos, pues se contrata el servicio, cuando es necesario, en las horas en que se necesitan, es decir al final de cada turno, para que con el cambio de personal las salas estén desinfectadas. Por tanto, se contratan las horas que se precisan desde un punto de vista sanitario y de salud pública, no cuando le interese a las empresas que representa AFELIN.

Tampoco es posible hacer modificaciones, pues como se ha comentado son procedimientos sanitarios, indicados por la OMS y que se han demostrado eficaces desde que se empezaron a realizar en todos los centros abiertos de la GAAP y en el mundo sanitario público y privado en general”.

Es imprescindible esta contratación, pues este trabajo que se realizaba antes con contratos de emergencia ya no es posible al suprimirse esa habilitación. La estimación del recurso supondría un perjuicio para la salud pública.

Tampoco la interpretación del artículo 145.3 g) párrafo primero puede compartirse: no existe en la Ley una excepción a la aplicación de pluralidad de criterios de adjudicación cuando haya uso intensivo de mano de obra, porque las prestaciones estén perfectamente definidas. El argumento fundamental de la Administración y la única motivación obrante en el expediente administrativo es la habilitación del párrafo primero del artículo 145.3. g) de la LCSP, que al estar las

prestaciones perfectamente definidas y no caber modificación alguna, permitiría excluir la aplicación del párrafo segundo sobre exigencia de pluralidad de criterios cuando existe uso intensivo de mano de obra. En la exégesis del artículo 145.3 g) de la LCSP por el TACRC, hay una regla general (pluralidad de criterios de adjudicación en los contratos de servicios), una excepción (las prestaciones perfectamente definidas sin modificaciones ni variaciones de plazos de entrega), y una excepción a la excepción: uso intensivo de mano de obra, en la que siempre es preciso el empleo de pluralidad de criterios. En este caso, es indiferente que las prestaciones estén perfectamente definidas y no quepan modificaciones. Tal y como afirma el TACRC en la Resolución 702/2018 de 20 de julio:

“A nuestro entender el artículo 145.3.g) de la LCSP contiene una compleja estructura al establecer una regla general, una excepción y una contraexcepción. Así la regla general es que los contratos de servicios deberán tener varios criterios de adjudicación. Como excepción se permite que el precio sea el único criterio cuando las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase. Y finalmente se establece una contraexcepción enumerando una serie de contratos de servicios, entre ellos en los de servicios en intensa mano de obra, que en todo caso deberán tener más de un criterio de adjudicación, entre ellos.

En tal sentido, aunque ciertamente el artículo 145.3.g) LCSP no diga taxativamente que los contratos de servicios enumerados en su párrafo segundo necesariamente deban tener más de un criterio de adjudicación, lo cierto es que así lo impone la lógica del precepto puesto que si extendiéramos a los contratos de servicios enumerados en el párrafo segundo del art. 145.3.g) LCSP la excepción establecida en su párrafo primero para todos los contratos de servicios, ningún sentido tendría la mención especial que a ciertos contratos de servicios se hace en su párrafo segundo.

Por consiguiente, debe rechazarse que el tratarse de un contrato con las prestaciones perfectamente definidas técnicamente y que no permita variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase permita exceptuar el mandato de que los contratos de servicios en intensa mano de obra se adjudiquen atendiendo a una pluralidad de criterios “.

No procede entender de aplicación al caso el párrafo primero del artículo 145.3. g) de la LCSP, porque es un contrato con uso intensivo de mano de obra, al que no se aplica esa excepción.

Expuesto lo que antecede imperativamente procede la estimación del recurso, debiendo retrotraerse las actuaciones, a fin de que en los nuevos pliegos que se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución incluyendo una pluralidad de criterios de adjudicación, debiendo convocarse una nueva licitación. Se han tramitado en este Tribunal otros recursos sobre Pliegos de limpieza para trabajos de refuerzo por covid-19 con pluralidad de criterios de adjudicación. Por ejemplo, A/SER-021967/2021. 322B-002/21. “Pliego de Cláusulas administrativas particulares que ha de regir en el contrato de servicios para la “limpieza de diferentes inmuebles de la Consejería de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía de la Comunidad de Madrid, dividido en 49 lotes, a adjudicar por procedimiento urgente y abierto con pluralidad de criterios”.

En cuanto al segundo motivo, procede su desestimación, pues el PCAP establece efectivamente las mismas infracciones, pero lo que hace que se diferencien unas de otras, es el límite admisible para dichas infracciones y el importe de las penalizaciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales (AFELIN), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato de “servicio de refuerzo de limpieza y desinfección de diversas zonas de los Centros de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria dependientes del Servicio Madrileño de Salud” (expediente A/SUM -038666/2021, anulando los Pliegos conforme al fundamento de derecho quinto de esta resolución.

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

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

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

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2021.12.30 14:17