



**Recurso nº 1061/2014 C.A. Valenciana nº 129/2014**  
**Resolución nº 103/2015**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de enero de 2015

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J. M. O., en nombre y representación de la mercantil ELECTROTECNIA MONRABAL, S.L.U., contra el Acuerdo de adjudicación del Pleno del Ayuntamiento de Daimús de 29 de octubre de 2014, dictado en el “*contrato mixto de suministro, servicios de gestión y mantenimiento integral, con garantía total de las instalaciones del alumbrado público del municipio de Daimús*”, con valor estimado del contrato de 3.374.154,4 € y con una duración de dieciséis años; el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La convocatoria de licitación del *contrato mixto de suministros y servicios de gestión y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Daimús* fue anunciado, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 24 de julio de 2014, por procedimiento abierto y con un valor estimado del contrato de 3.374.154,4 €. Además, el anuncio de la licitación fue publicado en el DOUE y en BOE, ambos, en igual fecha, el 24 de julio de 2014. La fecha máxima para la presentación de ofertas quedó señalada en el 18 de septiembre de 2014 hasta las 14:29 horas (sic).

**Segundo.** El procedimiento abierto de contratación siguió los trámites que para los contratos mixtos de suministros y servicios contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y en las normas de desarrollo de la Ley.

**Tercero.** El encargado del registro del Ayuntamiento de Daimús certificó las ofertas presentadas por las siguientes empresas:

- PAVASAL, S.A.
- IMESAPI, S.A.
- FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A.
- ELECTROTECNIA MONRABAL, S.L.U. y
- ELECINOR, S.A.

En la Mesa de Contratación, constituida el 23 de septiembre de 2014, se procedió a la apertura y examen de la documentación administrativa contenida en los sobres A, admitiendo a todas ellas y requiriendo las subsanaciones pertinentes a cuatro de las licitadoras admitidas.

**Cuarto.** La Mesa de Contratación, reunida el día 3 de octubre de 2014, procedió al estudio de las subsanaciones presentadas y a la apertura de los sobres B, de ofertas técnicas relativas a criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, y acordó solicitar el informe técnico de valoración.

**Quinto.** El 16 de octubre de 2014 se reunió nuevamente la Mesa de Contratación con el fin de acordar la apertura de los sobres C, previa lectura de las valoraciones hechas por los técnicos de las proposiciones contenidas en los sobres B, que resultaron las siguientes:

EMPRESAS	Metodología (10 puntos)	Plan de mantenimiento (5 puntos)	Memoria técnica de calidad (5 puntos)	Sistema de gestión documental y control alumbrado público (10 puntos)	Memoria técnica explicativa (5 puntos)	Plan de tratamiento de residuos (2 puntos)	TOTAL
ELECINOR	8	4	5	10	4	2	33
FULTON	8	4,5	5	10	5	2	34,5
IMESAPI	7	5	4,25	8	4	2	30,25
PAVASAL	7	4,5	4	7	4,5	1	28

ELECTROTECNIA	6,5	4	2,5	10	4,5	1	29,50
---------------	-----	---	-----	----	-----	---	-------

Tras tomar la palabra uno de los miembros de la Mesa para anunciar la presentación de un escrito en el Ayuntamiento señalando que el procedimiento de licitación podría ser nulo de pleno Derecho, ello no obstante, el Sr. Presidente acordó proceder a la apertura de los sobres C, cuyos resultados quedan reflejados en el acta levantada el 20 de octubre de 2014.

**Sexto.** Tras las valoraciones obtenidas por la evaluación de los sobres B y C, la Mesa de Contratación acordó formular la propuesta adjudicación a favor de la mercantil FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. (en adelante, FULTON), exponiendo el siguiente cuadro de puntuaciones:

EMPRESAS	SOBRE C	SOBRE B	TOTAL
ELECNOR	42,43	33	75,43
FULTON	53,01	34,5	87,51
IMESAPI	50,34	30,25	80,59
PAVASAL	51,15	28	79,15
ELECTROTECNIA MONRABAL	50,75	29,5	80,25

**Séptimo.** A la vista de la propuesta de adjudicación elevada por la Mesa, el Pleno del Ayuntamiento de Daimús, el 29 de octubre de 2014, acordó la adjudicación del contrato mixto a la empresa mejor valorada, FULTON.

**Octavo.** Con fecha de 25 de noviembre de 2014, se recibió la notificación del Acuerdo de adjudicación por parte de ELECTROTECNIA MONRABAL, S.L. (en adelante, MONRABAL), mostrando su disconformidad, y por ello anunció el día 1 de diciembre de 2014 su intención de formalizar el presente recurso especial.

**Noveno.** La formalización del recurso contra el Acuerdo de adjudicación ante este Tribunal fue registrada el día 12 de diciembre de 2014 y, en el último día del vencimiento del plazo para la presentación de este medio de impugnación -el 16 de diciembre-, la

representación letrada de MONRABAL registró un escrito de alegaciones complementarias.

**Décimo.** Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaria dio traslado del recurso interpuesto a las demás licitadoras concurrentes, por un plazo común de cinco días hábiles, para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, trámite que ha sido evacuado por FULTON, oponiéndose al recurso y solicitando su desestimación.

**Decimoprimer.** El 12 de enero de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP, y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Valenciana, sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

**Segundo.** La recurrente concurrió a la licitación del procedimiento abierto del *contrato mixto de suministros y servicios de gestión y mantenimiento integral, con garantía total de las instalaciones del alumbrado público convocado por el Ayuntamiento de Daimús*, por lo que ha de entenderse que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

**Tercero.** El Acuerdo impugnando es susceptible de revisión por medio de este recurso especial en materia de contratación, ya que se trata de un acuerdo de adjudicación de un contrato mixto de suministros y servicios sujeto a regulación armonizada y concertado por

una Administración Local por mor de lo dispuesto en el artículo 40.1 a) y 40.2 c) del TRLCSP.

Se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

**Cuarto.** La recurrente basa su impugnación en una serie de motivos en los que viene a instar la declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación. Sus consideraciones impugnatorias son las siguientes:

1. La nulidad de pleno Derecho del Acuerdo de adjudicación por vulneración de los principios rectores de los procedimientos de contratación administrativa como son los de publicidad, igualdad de trato y no discriminación, al haberse permitido una modificación de una oferta después de su presentación. En este sentido, la representación letrada, al amparo de lo dispuesto en la cláusula 9.2 letra g) del PCAP, considera que una vez abierto el sobre C se le ha permitido a FULTON –la adjudicataria- una aclaración sobre los operarios en situación de desempleo ofrecidos, lo que contraría los principios expuestos, trayendo a colación varias Resoluciones de este Tribunal sobre los supuestos de subsanación del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En este sentido expresa que, con la aclaración requerida a FULTON, ésta ha modificado el fondo de su oferta, concretándola en 23 trabajadores, por lo que supone una nueva oferta lo que conduce, a su juicio, a declarar la nulidad de la adjudicación y a ordenar la retroacción del expediente al momento de valoración de las ofertas económicas, debiendo excluir expresamente a FULTON por su manifiesta temeridad.
2. La segunda alegación se centra en la infracción por el órgano de contratación de la cláusula 8.11 del PACP, en relación con la comprobación de la capacidad y la experiencia para la participación en el procedimiento. En este sentido, considera que es una contradicción que en la valoración de la experiencia (cláusula 9.2 c) del PCAP) a la empresa adjudicataria se le otorguen 0 puntos y, sin embargo, se

le suponga capacidad suficiente para la gestión integral del servicio público de las instalaciones de alumbrado público. Por ello, literalmente advierte que *“Esto expuesto, y en el caso de que FULTON no cumpliera con los requisitos de capacidad estipulados en la cláusula 8 apartado 11 del PCAP debería ser excluida del procedimiento al no cumplir con los requisitos establecidos”*.

3. Esgrime, como tercer argumento y de forma subsidiaria, por si no se atendieran los anteriores, que se ha cometido una infracción por el órgano de contratación de la cláusula 9.2 g) del PCAP en la valoración y puntuación de la contratación de las personas desempleadas inscritas en el Servicio Valenciano de Empleo (SERVEF). Y así, arguye que *“Sin perjuicio de lo expuesto en las alegaciones anteriores, la cláusula 9 del PACP, apartado 2, letra g) PACP sobre la contratación del máximo de personas desempleadas inscritas en el SERVEF, para las obras de instalación objeto del pliego, respetuosamente entendemos que la misma se ha aplicado de forma desigual entre las ofertantes, concretamente en perjuicio de MONRABAL”*. Todo ello porque, a pesar de que, en su opinión, la cláusula resulta oscura, pues debería aclarar si las personas ofertadas lo son a tiempo completo o a jornada parcial, la empresa recurrente se ha visto perjudicada en la valoración. Su razonamiento es: que mientras que IMESAPI ofrece 12 operarios a media jornada y MONRABAL 6 operarios a jornada completa, a la primera se le conceden 3 puntos y a la recurrente únicamente 2 puntos. En resumen, alega que *“En definitiva, la oscuridad y falta de concreción del PCAP ha ocasionado que el acuerdo del pleno con posterioridad al mismo haya considerado, interpretado o ampliado el tenor literal de los mismos, perjudicando a una de las empresas, en este caso, a MONRABAL. Siendo que la inconcreción de los pliegos no pueden perjudicar a los licitadores, en el presente caso, deben resultar equivalentes dos operarios a media jornada y uno a jornada completa”*.
4. Infracción por el órgano de contratación de la cláusula 9.2 g) del PCAP, por falta de valoración y puntuación de las mejoras sin coste alguno para el Ayuntamiento. Pese a que se duplica la letra g) en la cláusula 9.2 del PCAP, esta cláusula se pone en conexión con el Anexo 5 del PCAP y muestra su absoluta disconformidad

con la puntuación dada a MONRABAL, 0 puntos. De esta manera, expresa que “(...) *no entendemos por qué se afirma que MONRABAL no dice nada sobre la calidad de los materiales, en cuanto existe una declaración expresa por parte del propio representante legal de MONRABAL de que los materiales ofertados corresponderían, en todo caso a fabricantes de primer nivel*”. En conclusión, a su juicio, debería de haberse admitido y valorado las mejoras ofertadas, de forma que, al no haberlo hecho, el Acuerdo de adjudicación ha de ser anulado y se ha de ordenar la retroacción del expediente al momento previo a la valoración de las ofertas.

5. Infracción por el órgano de contratación de la cláusula 9.1 f) del PCAP en la valoración y puntuación del plan de tratamiento de residuos. Dicha cláusula establece como criterio valorable dependiente de juicio de valor el plan de tratamiento de residuos y de reciclaje de material retirado. En este sentido, el representante letrado de la mercantil impugnante considera que se ha incurrido en un error o bien que las valoraciones dadas son arbitrarias y discriminan gravemente a MONRABAL en beneficio de otras concurrentes.
6. Infracción por el órgano de contratación de la cláusula 9.2 d) y e) del PCAP en la valoración y puntuación de los certificados. En este sentido, considera que a la mercantil FULTON se le otorgan 3 puntos por el reconocimiento de los certificados obtenidos, según los citados dos apartados del PCAP, y, sin embargo, MONRABAL entiende que no deberían haber sido valorados, pues no lo son ni tienen relación alguna con la actividad del alumbrado público ni guardan relación con las prestaciones objeto del contrato.

En lógica con todo lo expuesto, por la representación letrada de la impugnante se suplica la declaración de nulidad del Acuerdo de adjudicación, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento previo a la valoración de las ofertas y acordando la inadmisión de la oferta presentada por FULTON.

Posteriormente, y en el último día del plazo de quince días para la presentación del recurso especial -16 de diciembre de 2014-, se registran unas alegaciones complementarias insistiendo en la ilegalidad de la aclaración solicitada a FULTON con manifiesto quebranto del principio de igualdad de los licitadores.

**Quinto.** El órgano de contratación, en el informe datado el 18 de diciembre de 2014, viene a contradecir cada uno de los argumentos impugnatorios, con las siguientes consideraciones:

1. En cuanto a la aclaración pedida a la empresa FULTON, expresa que la misma no ha implicado modificación alguna del fondo, ya que la oferta inicial se refería a los 192 trabajadores que posteriormente se mantuvieron y que han sido tenidos en cuenta en la oferta final del adjudicatario, una vez hechas las aclaraciones. Estima que este tipo de aclaraciones no vulneran los principios esenciales rectores del procedimiento de contratación y que el propio Tribunal en ocasiones ha admitido estas subsanaciones, siempre y cuando no impliquen modificaciones de ofertas. En conclusión, *“No procede la retroacción de las actuaciones a la valoración del sobre económico pretendida por la recurrente y en ningún caso procedería la exclusión de la mercantil FULTON pretendida de forma accesoría por MONRABAL”*.
2. Con relación a la comprobación de la capacidad y experiencia para la participación en el procedimiento, invocando la vulneración de la cláusula 8.11 del PCAP, el órgano de contratación no la comparte, pues entiende que se ha de distinguir, de un lado, la capacidad para contratar, esto es, demostrar capacidad suficiente en la gestión integral del servicio público de las instalaciones de alumbrado público y, de otro, las puntuaciones que se pueden otorgar por la experiencia acreditada. Es más, explicita que no fue valorada FULTON en este criterio porque los contratos presentados y evaluados de forma individual no alcanzaban el mínimo de 1.500 puntos de luz.

3. Tampoco comparte el órgano de contratación la estimación que la recurrente hace sobre la infracción de la cláusula 9.2 g) del PCAP, en lo relativo a la contratación de personas desempleadas del SERVEF. Así, un pasaje de su informe advierte que *“el criterio de la mesa de contratación fue ser lo más fieles a la mejora mencionada que ofrecía la mayor puntuación a la empresa que ofreciera el mayor número de personas contratadas, y todo ello porque importaba más el número de personas que el tipo de jornada, algo que si pudo intuir la mercantil IMESAPI, a pesar de la oscuridad alegada por la recurrente. Es por ello que la referida mercantil obtiene mayor puntuación, porque al órgano de contratación, a la mesa, y en los pliegos (y así se redactó), e incluso a la ejecución del contrato, importaba más el número de personas que el tipo de jornada, por mucho que la recurrente entienda otra cosa”*.
  
4. En cuanto a las mejoras sin coste alguno para el Ayuntamiento del Anexo 5, el órgano de contratación explica que no existe vulneración de la cláusula 9.2 g) del PCAP. El informe recuerda que, en este criterio, la mercantil recurrente obtuvo 0 puntos en las tres mejoras especificadas en dicho Anexo 5. Sobre este punto, recuerda el órgano de contratación que también se le solicitó aclaraciones a la mercantil recurrente pues, con fecha de 6 de noviembre, la Mesa de Contratación, al observar indicios de temeridad en la baja de la P6 para la mejora señalada en la cláusula 9.2 b) del PCAP, le solicitó aclaración (con igual procedimiento que a la mercantil adjudicataria), así como sobre las mejoras propuestas en el reiterado Anexo y, en particular, por qué en la valoración de esas mejoras, en concreto en la evaluable con 6 puntos, se había realizado una baja del 55% en esos cálculos. El informe afirma, con rotundidad, que las justificaciones sobre las mejoras presentadas en el trámite de subsanación por parte de MONRABAL eran, a todas las luces, insuficientes e incoherentes, por lo que su puntuación se mantuvo en 0 puntos.
  
5. Sobre la supuesta infracción de la cláusula 9.1 f) del PCAP del plan de tratamiento de residuos, el órgano de contratación se funda en el principio de discrecionalidad técnica en los términos aclarados por reiteradas Resoluciones de este Tribunal,

de tal suerte que la misma no puede ser sustituida por otras manifestaciones o declaraciones parciales y cargadas de subjetivismo, como lo son las expresadas en el escrito de formalización del recurso especial.

6. Por último, el informe rechaza que se hayan infringido las cláusulas 9.2 d) y e) del PCAP sobre la valoración y puntuación de los certificados, pues son valorados los queridos y exigidos por el pliego y no los que considera la recurrente que deberían haberse previsto y que fueron por ella presentados. De esta guisa, expresa que *“De nuevo, pretende sin embargo MONRABAL incluir un requisito que no se especificaba en el PCAP de ninguna forma, ni literal ni en un momento posterior a la publicación de dichos pliegos, tal cual sería limitar tales certificados a su relación con el alumbrado público o a las prestaciones del contrato, sustituyendo su interpretación del PCAP por la de la Mesa de Contratación de una forma totalmente arbitraria”*.

En fin, por todo ello, amén de considerar extemporáneo el escrito de alegaciones complementarias presentadas por la recurrente, insta al Tribunal a que desestime el recurso especial y confirme la legalidad del Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Daimús, que adjudicó el contrato a favor de la mejor proposición, la ofertada por FULTON.

**Sexto.** Empero no ha sido invocada por la recurrente, y con carácter previo, en su caso, al análisis de los argumentos empleados, hemos de proceder de oficio al estudio de la legalidad de esta cláusula que introduce criterios sociales (cláusula 9.2 g) del PCAP) como un aspecto objetivo de valoración de las licitadoras y no como condición especial de la ejecución del contrato, pese a que no ha sido impugnado el pliego, dado que se trata de una cuestión de orden público, determinante de la validez o invalidez de la documentación contractual.

Esta cláusula 9.2 relaciona entre los criterios valorables mediante fórmula: “g) *Contratación del máximo de personas desempleadas inscritas en el SERVEF para las obras de instalación objeto de este pliego. Se otorgará el máximo de puntos al licitador*

*que ofrezca la contratación del mayor número de dichas personas desempleadas (5 puntos”.*

Sobre la posibilidad de apreciar de oficio los vicios de nulidad, este Tribunal en sus Resoluciones ha seguido la doctrina que sobre esta cuestión ha mantenido el Tribunal Supremo. Sirva de antecedente la Resolución nº 1/2014, de 10 de enero, en cuyo fundamento noveno se hace la siguiente consideración: *“En cuanto a la posibilidad de que por este Tribunal pueda apreciarse de oficio la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho aunque no haya sido alegada por los interesados, debe examinarse la doctrina jurisdiccional sobre este punto.*

*En el ámbito civil, es doctrina consolidada desde muy antiguo que la nulidad de pleno derecho surte efectos ipso iure, de forma que puede ser apreciada por los tribunales sin necesidad de petición expresa de la parte (STS 27 de mayo de 1949, STS 29 de octubre de 1949, STS de 23 de junio de 1966, entre otras), si bien para que esta apreciación pueda realizarse: i) se deben probar los hechos de los que derive la nulidad del contrato y ii) han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en la celebración del contrato de que se trate o sus sucesores o causahabientes. En el ámbito administrativo, es igualmente antigua y consolidada la doctrina conforme a la cual la nulidad de pleno Derecho es de orden público, de forma que puede ser declarada de oficio aunque nadie haya solicitado la declaración (STS 11 de octubre de 1956, STS 31 de enero de 1967, STS de 22 de octubre de 1972, STS de 31 de enero de 1975, entre otras muchas). Lo que se ha señalado respecto de los órganos jurisdiccionales es de aplicación también respecto de este Tribunal. No sólo porque encuentra su fundamento positivo en los ya referidos artículos 112 y 113 de la LRJPAC, sino también porque una actuación de este órgano revisor que no pudiera apreciar de oficio la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho dejaría al arbitrio de las partes (mediante la invocación o no del vicio de que se trate) la declaración de la nulidad de pleno Derecho, siendo así que se trata de un vicio no susceptible de convalidación. Del mismo modo, ante la impugnación de un contrato, la falta de alegación del vicio de nulidad conduciría (en caso de que no concurriera otro vicio en el contrato) a que el órgano revisor tuviera que declarar la validez de un contrato que en realidad es nulo de pleno Derecho. En ambos casos, el*



*consentimiento del interesado convalidaría el acto nulo, cuestión que no resulta admisible, ya que nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa el ámbito de su propia esfera individual. Conclusión de lo expuesto es que la existencia de un vicio de nulidad puede ser apreciada por este Tribunal aunque no haya sido alegada por los interesados, si bien será necesario que se dé audiencia a éstos, conforme establece el ya referido artículo 113 de la LRJPAC.” Doctrina ésta citada en la Resolución nº 383/2014, de 19 de mayo.*

La introducción de este **criterio social** -contratación de personas desempleadas- en la fase de valoración ha de ser ponderada en sus justos términos, pues, introducida en esta fase, la de adjudicación del contrato, puede resultar contraria a los principios contractuales de igualdad y no discriminación exigidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP y en la normativa europea por lo que, en tal caso, provocaría un vicio de nulidad de pleno Derecho por aplicación del artículo 32.a) del TRLCSP, en relación con el artículo 62.1.a), por ser la igualdad formal un derecho de amparo constitucional.

Es desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), relativa a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, de donde emanan las más importantes limitaciones, si bien distinguiendo los mecanismos de cómo se exigen: bien configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para la valoración de las ofertas.

En principio, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, aborda la inclusión de cláusulas sociales en distintas fases del procedimiento de contratación. De la posibilidad de introducir criterios sociales como criterios de adjudicación se refiere exclusivamente su considerando 46, al expresar que los poderes adjudicadores pueden regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato –propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato—. Además, la norma prevé la reserva de contratos a talleres de

empleo de personas discapacitadas (artículo 19) y condiciones de ejecución, que pueden referirse, especialmente, a consideraciones de tipo social o medioambiental (artículo 26).

Del análisis jurisprudencial no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Así, en principio, encontramos la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes* dictada en una cuestión prejudicial. La posición, en este caso, del Tribunal de la Unión Europea es tajante, pues niega que puedan incluirse estos criterios como criterios de solvencia o como criterio de adjudicación. El apartado 28 de los fundamentos jurídicos de la referida Sentencia afirma que *“Por lo que respecta a la exclusión de un licitador por no estar, a juicio del órgano de contratación, en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, debe señalarse que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva”*. Y continúa *“La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato”*.

Lo cierto es que el propio Tribunal, en esta Sentencia, suscita dudas en relación a si una cláusula de este tipo no puede sino encerrar una discriminación indirecta hacia las empresas no nacionales. Lo argumenta de la siguiente forma: *“La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. **Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta”***.

En tales términos, y dado que la jurisprudencia europea no es pacífica, pues en la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98, en un asunto de la Comisión Europea contra Francia, se admitió el criterio de lucha contra el desempleo como criterio de adjudicación, si bien como criterio accesorio no determinante después de comparar las ofertas, dejando en el halo interpretativo de “criterio accesorio” un concepto huérfano de respaldo normativo.

Respecto al tema de la posibilidad de primar a las mercantiles que contraten a trabajadores desempleados, vemos que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCA) abordó dicha materia, por medio de su Informe 3/2009, de 25 de septiembre de 2009.

En este caso, la JCCA resolvía la consulta planteada por el Alcalde de Ayuntamiento de Orihuela, en la que se planteaba si se puede establecer como condición de ejecución del contrato la utilización de un determinado porcentaje de personas desempleadas que se encuentren inscritas en las oficinas de empleo de Orihuela y, de otra, si sería posible establecer un criterio de adjudicación del contrato que consistiese en la valoración del compromiso de emplear en la ejecución del contrato a personas desempleadas inscritas en las mencionadas oficinas de empleo.

Como condición especial de ejecución del contrato o como criterio de adjudicación, el Informe 3/2009 trae a colación otro anterior el nº 53/2008, en el que la Junta mantuvo la opinión de que la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible en Derecho. Literalmente, su consideración tercera argumenta que *“(...) el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución de contrato, pero no mediante el establecimiento de un criterio de adjudicación que valore el porcentaje de mano de obra desempleada que se contratara para la ejecución del contrato, pues evidentemente este criterio no tendría*

*relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>1</sup>”.*

Así pues, la JCCA concluía que el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución del contrato, pero no mediante la previsión de criterios de adjudicación que valoren el porcentaje de mano de obra desempleada que se contrata para la ejecución del contrato, ya que este criterio no tendría la relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el actual artículo 150 TRLCSP.

En este informe, la JCCA se hace eco de la aparente contradicción entre este criterio y lo señalado en el Real Decreto 9/2008 y en el Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean el Fondo Estatal de Inversión Local y el Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, ya que éste exigía la inclusión en los pliegos de criterios que valoren la creación de empleo. No obstante, la Junta reconduce dicha previsión legal en que su aplicación se ha de limitar a los contratos financiados con cargo al fondo local creado dicha norma, que podría considerarse que deroga con carácter temporal, en lo que respecta a esta materia, la mencionada disposición, pero no para el resto de contratos que, tras la duración de dicho Fondo y con el nuevo TRLCSP, se deben licitar.

Al abrigo de esta doctrina, y dado que en la actualidad está pendiente la Resolución en el Tribunal de Luxemburgo de un recurso interpuesto el 22 de julio de 2010 por la Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos (Asunto C-368/10) en un procedimiento de contratación en el que se introducían criterios de responsabilidad social de las empresas, y al amparo de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hemos de revisar el criterio de valoración objetivo definido en la cláusula 9.2, g) del PCAP rector de este procedimiento de contratación.

---

<sup>1</sup> En la actualidad el artículo 150.4º del TRLCSP.

La introducción de estos criterios sociales dirigidos a la lucha contra el desempleo son loables en la etapa de crisis que atravesamos, si bien, de otro lado, resulta su concreción como criterio de adjudicación, discriminatorio para las empresas que no tengan previstos la contratación de nuevos empleados, por lo que en esta primera fase de selección se muestra a todas las luces discriminatorio, máxime analizado a la luz de los principios comunitarios de libertad de establecimiento de las empresas y libertad de circulación de los trabajadores (artículo 39 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

La vulneración de los principios de igualdad y no discriminación está servida no sólo por la introducción de este criterio de contratación de personas desempleadas como criterio de adjudicación, sino que incluso queda territorializado (arraigo territorial) a los desempleados inscritos en las oficinas del servicio valenciano de empleo. Hemos de advertir que esta misma circunstancia fue analizada por la JCCA en el citado informe nº 3/2009 con la siguiente conclusión: *“No es admisible de conformidad con el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público el establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de criterios de adjudicación que valoren empleo en la ejecución del contrato de personas desempleadas inscritas en oficinas de empleo correspondientes a un determinado lugar geográfico”*.

De conformidad con este fundamento, al apreciar que han sido vulnerados los principios de la contratación del sector público, con violación del derecho a la igualdad y a no ser discriminado, por aplicación del artículo 32.a) del TRLCSP en relación con el artículo 62.1.a), por ser la igualdad formal un derecho de amparo constitucional, procede declarar la nulidad de toda la licitación, sin que proceda la aplicación del artículo 66 de la Ley 30/1992.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. J. M. O., en nombre y representación de la mercantil ELECTROTECNIA MONRABAL, S.L.U., contra el Acuerdo de adjudicación del Pleno del Ayuntamiento de Daimús de 29 de octubre de 2014, dictado en el “*contrato mixto de suministro, servicios de gestión y mantenimiento integral, con garantía total de las instalaciones del alumbrado público del municipio de Daimús*”, declarando su nulidad y ordenando su retroacción al momento anterior a la redacción de los pliegos que rigen la licitación.

**Segundo.** Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

**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 47.5 del TRLCSP.

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 Comunidad Valenciana, 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.