

Alicia Sánchez Cordero ^[36]

En la Revista Nº 2 Febrero-Abril 1999 se publicó el [Informe de 11 de enero de 1999](#) de la Dirección General de los Servicios Jurídicos acerca del escrito de la Comisión Europea sobre determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones de las licitaciones llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid.

Dos años después el tema sigue abierto. Se pretende con este artículo señalar las diferentes actuaciones que se han realizado, con una referencia cronológica a las reuniones, informes y hechos más relevantes mientras se espera la decisión de la Comisión Europea sobre la carta de emplazamiento dirigida contra el Decreto de la Comunidad de Madrid.

I. ANTECEDENTES.

1. El lunes 6 de julio de 1998 se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el Acuerdo de 18 de julio de 1998 del Consejo de Gobierno, por el que se deciden las medidas administrativas a adoptar para el desarrollo y la ejecución del Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y calidad del Empleo. En dicho Acuerdo Marco se acuerda, entre otros extremos:

“Segundo.- En la contratación de obras, servicios y suministros que desde el Gobierno Regional, Unidades Administrativas, Empresas Públicas y Organismos de él dependientes se lleven a cabo, se establecerá como criterio preferente la creación de empleo estable en la obra o servicio contratado, valorando igualmente la estabilidad de la plantilla de la empresa concursante, de manera que se priorice a aquéllas con un peso mayoritario de trabajadores indefinidos.

En el caso de nuevas contrataciones vinculadas a la ejecución de la obra o el servicio, se valorará el compromiso de que éstas tengan carácter indefinido o en su defecto, la garantía de contratación causal, priorizando la figura del tipo de obra.(...)

Por todos estos criterios, vinculados a la estabilidad en el empleo, los pliegos de condiciones incorporarán cláusulas de las que resulte una puntuación del 20 por 100 del total de la baremación.

Tercero.- Para impulsar criterios de estabilidad en la inserción laboral de personas con discapacidad, los pliegos de condiciones recogerán también la exigencia a las empresas licitadoras o concursantes del cumplimiento de la Ley de Integración Social de Minusválidos, por lo que se refiere a la necesaria ocupación de un 2 por 100 de la plantilla de las empresas de más de 50 trabajadores, aspecto que será igualmente seguido por el conjunto de la Administración Autonómica y las empresas que con ella se relacionan.”

2. Antes de su aprobación, fue sometido a consulta del Consejo de Estado de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril. En su dictamen de 4 de junio de 1998 el Consejo de Estado informa sobre diversas cuestiones sometidas a consulta, entre las que se destacan las siguientes:

I. Sobre el establecimiento de criterios preferentes para la adjudicación de contratos públicos, la creación de empleo estable en la obra o servicio contratado, y la estabilidad de la plantilla de la empresa adjudicataria, incorporando en los pliegos de condiciones cláusulas de las que resulten una puntuación del 20% del total de la baremación, se señala:

- la incorporación al derecho de la Comunidad de Madrid debería hacerse, a falta de apoyo expreso en el Estatuto de Autonomía que permita ejercer potestades de desarrollo normativo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que el Estatuto pueda ser reformado, por vía convencional mediante la aprobación de los oportunos pliegos de cláusulas administrativas.
- la finalidad de la cláusula es que la contratación que se produzca con las empresas, en la medida de lo posible (un 20 por ciento de la puntuación), se dirija a crear empleo y producir estabilidad laboral. Esta finalidad no se propone como *prohibición de contratar* con las empresas que carezcan de un número determinado de empleados fijos, ni como *condición exigida para obtener la clasificación* (lo que sería contrario a la Ley 13/1995), sino como criterio objetivo que sirva de base para la selección del contratista.
- la Comunidad de Madrid puede establecer en cada uno de sus contratos los pactos lícitos que tenga por conveniente, que han de ser cumplidos por las empresas no como *requisito* para contratar, sino como *preferencia*, y no como prohibición, o como criterio para la clasificación de las empresas.
- la preferencia por razones sociales en las adjudicaciones, que podría establecerse convencionalmente en los pliegos generales que en su caso se aprueben, se prevé que alcanzaría una puntuación del 20% del total de la baremación, porcentaje que sin dejar de ser importante, no es determinante pues existe aún un 80 por ciento de la puntuación que puede responder a otros criterios.
- el artículo 30.1 de la Directiva 93/97/CEE abre la posibilidad de que la cláusula de creación de empleo y estabilidad laboral, cuya implantación ha sido convenida por la Comunidad de Madrid

con los sindicatos más representativos de su ámbito geográfico, pueda incluirse, en términos ponderados y no discriminatorios, en los pliegos de cláusulas administrativas generales, sin que por esta causa se viole el derecho comunitario en materia de contratación de obras.

- el 141 Protocolo sobre Política Social del Tratado de la Unión Europea establece que "*los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son el fomento del empleo (...) A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad*". La discriminación positiva que, según ha quedado propuesto, quedaría establecida convencionalmente en los pliegos para fomentar la creación y estabilidad en el empleo, coherente con lo previsto en el Tratado de Amsterdam que articula nuevas normas dirigidas fundamentalmente a dar apoyo a las actuaciones nacionales en materia de promoción del empleo, estableciendo que las políticas y acciones que desarrolla la Comunidad Europea en los diversos campos deben tomar en consideración su potencialidad para la creación de empleo - que es precisamente lo que se pretende en este caso-

II. Sobre las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos mediante la exigencia de las empresas licitadoras o concursantes del cumplimiento de la Ley de Integración Social de Minusválidos, lo que procura el Acuerdo Marco es, simplemente, que se cumpla una Ley que esta en vigor, finalidad que, podría cumplirse de modo estable mediante la incorporación a los pliegos de cláusulas administrativas generales, sin necesidad de promulgar normas reglamentarias al efecto.

3. De nuevo se solicita dictamen al Consejo de Estado sobre el proyecto de Decreto por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo. En su dictamen de 19 de noviembre de 1998 el Consejo de Estado sienta las siguientes consideraciones:

- el rango de la norma -Decreto- es adecuado a los fines que se pretenden al desarrollar reglamentariamente una norma legal estatal.
- la Comunidad de Madrid ostenta competencias al haberse reformado el Estatuto de Autonomía por Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, asumiendo competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos.
- los criterios establecidos para la adjudicación de los contratos por concurso son objetivos y están referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación, incluso más fiable que otros señalados en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para seleccionar - siempre haciendo uso de una ponderación razonable del criterio- al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la selección de la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado.
- respecto al establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tuviesen contratados en el momento de la presentación de las ofertas trabajadores minusválidos (siempre que igualen en sus términos a las más ventajosas, a la vista del precio en las subastas, y de los demás criterios objetivos en los concursos), la diferencia con la ley estatal radica en que no se señala el momento en que procede acreditar que en la plantilla hay trabajadores minusválidos y en que no se señala un porcentaje mínimo de trabajadores minusválidos - la norma estatal fija que no será inferior al 2 por 100 de la plantilla.

4. Con estas consideraciones del Alto órgano consultivo se aprobó el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el Consejo de Gobierno, publicándose en el B.O.C.M. de 4 de enero de 1999 y entrando en vigor ese mismo día.

En el **artículo 2** se establecen los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo referidos a la adjudicación mediante concurso. Además de los criterios objetivos del artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se incluirán necesariamente uno o varios de los siguientes criterios objetivos relativos al empleo, atendiendo a las características específicas del objeto de cada contrato

- a) *Estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición.*
- b) *Porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquella.*
- c) *Porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del*

contrato.

d) Nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato.

En el apartado 3 se dispone:

“ los criterios objetivos de empleo, en su conjunto, se les atribuirá en todo caso una ponderación del 20 por 100 del total de la baremación”.

En el **artículo 4** se recogen las medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores minusválidos. En el **artículo 5**, con relación a la contratación con empresas que tengan trabajadores minusválidos, se establece:

“Los órganos de contratación establecerán en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere el artículo 4 de este Decreto, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualasen en sus términos a las más ventajosas después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos establecidos para la adjudicación en los concursos. A tales efectos, las empresas acreditarán dicha circunstancia mediante la presentación de contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social”

5. La Comisión Europea, el 21 de diciembre de 1998, envía una carta al Embajador, Representante Permanente de España ante la Unión Europea, indicando que había sido alertada sobre la posible incompatibilidad con el Derecho comunitario de determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones en relación a tres licitaciones de contratos públicos de obras llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid. La citada carta se refiere al proyecto del Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se procede a la ejecución del Acuerdo Marco señalado en el antecedente primero.

En concreto, los criterios cuya posible ilegalidad se plantea la Comisión y sobre los que se piden observaciones de las autoridades competentes son los que se refieren al criterio preferente de *“creación de empleo estable en la obra o servicio contratado, valorando igualmente la estabilidad de la plantilla de la empresa concursante, de manera que se priorice a aquéllas con un peso mayoritario de trabajadores indefinidos”*...*“El peso relativo a ese criterio en la valoración global deberá ser del 20%”*; y criterios relativos a la experiencia en obras similares, los medios materiales y personales y el criterio de *“desempate”* en favor de las empresas que empleen trabajadores minusválidos.

La Comisión manifiesta:

- los criterios de adjudicación del contrato han de referirse exclusivamente a la oferta.
- las Directivas comunitarias en materia de contratación permiten dos modalidades de adjudicación, al precio más bajo o a la oferta económicamente más ventajosa, valorándose esta última de acuerdo con una combinación de criterios objetivos enumerados en las Directivas a título de ejemplo que tienen en común estar referidos a la oferta concreta de que se trate y que aporta información sobre la bondad de la misma desde el punto de vista económico.
- los criterios utilizados por la Comunidad de Madrid no conducen a la elección de la oferta económicamente más ventajosa, no siendo admisibles tampoco como criterios de selección del contratista, ya que ni se refieren a su capacidad técnica o financiera, ni pueden dar lugar a la exclusión de la participación del contrato.
- dichos criterios no tienen cabida en las Directivas comunitarias y pueden constituir una violación del Tratado en la medida en que estarían vulnerando el principio de igualdad de trato.

6. En contestación a la carta de la Comisión se remitió informe elaborado por la Dirección de Servicios Jurídicos en el que se destaca la política social de la Comunidad de Madrid a través de la inclusión de cláusulas sociales en los contratos administrativos, como instrumento de fomento del empleo, en particular en la adjudicación de los contratos por el sistema de concurso. La promoción del empleo estable y de la inserción laboral de los minusválidos constituye un objetivo socioeconómico de primer orden, además de contribuir a disminuir las prestaciones sociales a cargo de la Administración y permitir el aumento de su recaudación fiscal. El carácter más ventajoso económicamente de la oferta - en la forma de adjudicación por concurso- puede resultar también de criterios socioeconómicos, sea más ventajoso para la obra o el servicio o para la economía en general.

Tras analizar los objetivos de la Comunidad europea, de apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en el ámbito social (Acta Única Europea, Tratado de Maastrich, Tratado de Amsterdam), se considera la actuación de la Comunidad de Madrid conforme al Derecho español y al comunitario - examinando la doctrina extraída de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders Beentjes BV contra Los Países Bajos y las Directivas comunitarias sobre contratación- al tratarse de medidas adicionales, no determinar discriminación por razón de nacionalidad y resultar claramente anunciadas en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares.

7. En relación con este asunto se formuló una pregunta escrita a la Comisión el 11 de febrero de 1999 por el Eurodiputado D. Carlos Carnero González (PSE).

La respuesta del Sr. Flynn en nombre de la Comisión, el 9 de abril siguiente, alude al Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid y defiende la dificultad de admitir unos criterios de adjudicación más relacionados con la estructura de la empresa que con la calidad de la oferta, sin que nada impida que en los pliegos de condiciones se establezcan unas condiciones de ejecución de contrato que tengan en cuenta el cumplimiento de las obligaciones de carácter social, siempre que respeten los principios de no discriminación y de igualdad de trato a que están dirigidas las Directivas comunitarias sobre los contratos públicos en el marco de la realización del mercado único. Respecto a los demás aspectos del Acuerdo que fomentan la creación de empleo se acogen favorablemente. No se da respuesta a si la Comisión sabe que el mencionado Acuerdo recibió informe favorable del Consejo de Estado.

8. A instancias de la Comisión se promovió una Reunión Paquete de Contratación Pública el 26 de octubre de 1999 en el Ministerio de Asuntos Exteriores, para tratar de la Queja sobre pliegos de condiciones de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En el documento de trabajo preparado por la Comisión - dirigido ya contra el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre- se contesta la respuesta de las autoridades españolas apreciando que las Directivas sobre contratación pública no admiten consideraciones de tipo macro-económico para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, sino que se basan en la prestación concreta de que se trate.

En relación con la sentencia Beentjes se alega que admite, siempre que se cumplan determinados requisitos de publicidad y se garantice la no discriminación, que se incluyan condiciones de ejecución del contrato de carácter social, sin referirse en ningún caso a la posibilidad de utilizar dichas condiciones como criterios de adjudicación, reconociendo que la adjudicación del contrato sólo puede hacerse sobre la base de criterios destinados a definir la oferta económicamente más ventajosa.

En lo que se refiere a la integración profesional de los minusválidos, el criterio de "desempate" es en realidad un criterio de adjudicación que plantea los mismos problemas que el criterio de estabilidad en el empleo, y que ha sido objeto de contestación por la Comisión en los procedimientos de infracción 96/2104 y 96/2105, relativos a la transposición de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE.

9. En la Reunión "paquete-1999, sector Contratos Públicos", los representantes españoles y los de la Comisión esgrimieron de nuevo sus puntos de vista en los mismos términos de sus respectivas observaciones. No obstante, se acordó, entre otras cosas, que los servicios competentes de la Administración española, incluidos los de la Comunidad Autónoma de Madrid, y los de la Comisión, organizarían reuniones técnicas para tratar de encontrar una solución conforme al Derecho comunitario con relación a los problemas planteados con la aprobación del Decreto 213/1998.

10. Fruto de tal compromiso, además de la Reunión en Bruselas entre el Consejero de Presidencia del Gobierno regional y la Comisión, el 17 de noviembre de 1999, se celebró una nueva reunión en el Ministerio de Asuntos Exteriores entre los servicios de la Comisión Europea y una delegación de la Comunidad de Madrid el 25 de febrero de 2000. Los asuntos tratados se refirieron a tres cuestiones en relación con el meritado Decreto 213/1999:

1- obligación de emplear minusválidos, al menos en el 2% del número de trabajadores de la plantilla durante la ejecución del contrato.

Al tratarse del cumplimiento de obligaciones laborales y sociales según la Ley Nacional de Integración de Minusválidos de 7 de abril de 1982, anterior a las Directivas Comunitarias sobre contratación pública, la comisión consideró que iba a estudiar el R.D. 27/2000, de 14 de enero, que desarrolla el artículo 38.1 de la Ley, sobre implantación de medidas alternativas a la obligación de emplear minusválidos.

2- Aplicación de criterios de calidad y estabilidad del empleo a efectos de la adjudicación de los contratos.

La Comisión sólo admitiría su inclusión en la fase de admisión de los licitadores a los concursos o bien en la fase de ejecución del contrato, pero en ningún caso en la fase de selección del contratista. La Comisión estaba estudiando la modificación de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas por la Ley 53/99, de 18 de diciembre, en cuanto a que la solvencia técnica puede acreditarse, entre otros medios, por el grado de estabilidad de la plantilla, si bien, en una primera opinión, entiende que podría ser contraria a las directivas comunitarias habida cuenta que según éstas los medios de acreditar la solvencia técnica son "numerus clausus" y entre ellos no se contempla la estabilidad en la plantilla. Propone también que el término de "empleo estable", en cuanto es discriminatorio respecto a los Estados miembros que optan políticamente por una mayor flexibilidad en las plantillas, se sustituyera por términos tales como contratación de parados de larga duración o de trabajadores en busca de su primer empleo.

3- Preferencia en la adjudicación en caso de empate de ofertas para aquellas empresas que tuviesen empleados trabajadores minusválidos sin estar sujetos a esta obligación.

La Comisión manifestó su negativa a admitirlo como criterio de adjudicación, solicitando que se le enviara una propuesta de modificación del Decreto 213/98 de tal modo que no aparezca tal circunstancia como criterio de adjudicación.

11. La Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos de la Consejería de

Presidencia de la Comunidad de Madrid contestó a la propuesta anterior en el sentido de esperar a la decisión de la Comisión una vez analizada la Ley 53/99, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto el Decreto contenía un paquete único de medidas dirigidas a garantizar la calidad y estabilidad del empleo en la contratación pública. Se ofreció seguir en contacto a través de reuniones informales a fin de buscar una solución conjunta.

12. La Comisión Europea remitió Carta de Emplazamiento de fecha 12 de abril de 2000 - recibida el 14 de abril- llamando la atención del Gobierno español sobre el Decreto 213/1998, en particular sobre dos tipos de medidas contempladas en los artículos 2 y 5, por considerar que infringen las disposiciones de las Directivas comunitarias que coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, así como las reglas del Tratado CE, especialmente los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

13.- Con posterioridad al envío de la Carta de Emplazamiento, el 12 de mayo de 2000 el Sr. Bolkestein en nombre de la Comisión respondió a las preguntas formuladas por tres Eurodiputados españoles (PPE-DE) (PSE) y (GUE/NGL) sobre adecuación de las políticas sociales de los Estados miembros con el Derecho comunitario, en particular con las Directivas de adjudicación de contratos públicos de obras.

En su respuesta, la Comisión mantiene su postura: Las Directivas comunitarias sobre contratación solo permiten utilizar criterios sociales como condición de ejecución de los contratos públicos ya adjudicados, que no discriminen, directa o indirectamente, a los licitadores provenientes de otros Estados miembros y siempre que se mencionen en el anuncio de licitación y en las condiciones generales de contratación; la utilización de un criterio subsidiario de desempate de ofertas equivalentes se convierte, en definitiva, en el único criterio determinante para la adjudicación del contrato infringiendo las Directivas, sin que nada impida en cambio, que se impusiera a los licitadores la condición de comprometerse a contratar, para la realización del contrato a trabajadores minusválidos; durante los trabajos preparatorios de la Directiva 93/37/CEE, los Estados miembros se manifestaron explícitamente contra la introducción de criterios de carácter no estrictamente económico para la adjudicación de los contratos comprometiéndose la Comisión a adoptar una comunicación interpretativa sobre los aspectos sociales en la contratación pública.

II.- OBJETO DE LA CARTA DE EMPLAZAMIENTO

Constituye objeto de la queja el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para apoyar la estabilidad y calidad del empleo.

Las observaciones de la Comisión en su carta anterior de 21 de diciembre de 1998, iban referidas al Acuerdo de 18 de junio de 1998 del Consejo de Gobierno, por el que se deciden las medidas administrativas a adoptar para el desarrollo y la ejecución del Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, así como al propio Acuerdo Marco. Aunque la respuesta de la Comunidad de Madrid se centró en el Acuerdo Marco y en las tres licitaciones a que se refería la citada carta, se mencionaba la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 4 de enero de 1999, del Decreto 213/1998.

La Comisión considera que, en particular, los **artículos 2 y 5** del Decreto infringen las disposiciones de las Directivas comunitarias que coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos así como las reglas del Tratado CE, especialmente los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

III.- INFRACCIONES IMPUTADAS

A) Medidas destinadas a apoyar la estabilidad en el empleo.

Los criterios objetivos de adjudicación relativos al empleo -artículo 2 del Decreto- que han de incluirse en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, además de los que se establecen en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -el precio, al fórmula de revisión, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica y el servicio postventa -, y que se contemplan en el artículo 2.1, apartados a), b), c) y d) del Decreto, no se refieren a la oferta concreta de que se trate, ni al carácter más ventajoso de la oferta siendo, por tanto, incompatibles con la normativa comunitaria sobre contratación pública.

Las razones de la Comisión son las siguientes:

1. Los criterios de adjudicación del contrato han de referirse exclusivamente a la oferta. Los criterios que se recogen en el Decreto pertenecen al ámbito de la política social, pero nada dicen sobre el carácter supuestamente más ventajoso de una determinada oferta.
2. Las Directivas comunitarias sobre contratación pública no han sido concebidas como instrumentos de la política social, que tienen otros medios de servirse, siendo intencional la no inclusión de preferencias de tipo social.
3. La determinación de la oferta más ventajosa económicamente responde en las citadas Directivas a criterios relacionados con la prestación concreta de que se trate, sin que quepan consideraciones

relacionadas con la “economía en general”.

4. La sentencia Beentjes llega a admitir la posibilidad de incluir el requisito de emplear trabajadores en paro prolongado en los anuncios de licitación bajo determinadas condiciones, como “condición de ejecución del contrato”, nunca como criterio de adjudicación. Además para ser compatible con la Directiva 71/305, no debe incidir de forma discriminatoria respecto a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad, lo que no se excluye en el Decreto autonómico. Trae a colación las Conclusiones del Abogado General Alber en el asunto C-225/98, Comisión/República francesa.

5. Los criterios incriminados no son admisibles como criterios de selección de los contratistas, ya que ni se refieren a su capacidad técnica, económica o financiera ni figuran entre las causas de exclusión.

B) Medidas para favorecer la integración social de los minusválidos.

1. El criterio de desempate que se presenta en el artículo 5 del Decreto - tener en la plantilla, en el momento de acreditar la solvencia técnica, un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por ciento- a juicio de la Comisión introduce un criterio de adjudicación distinto de los contemplados en las Directivas, que tampoco puede considerarse elemento constitutivo del criterio de oferta económicamente más ventajosa por no referirse a la oferta, sino a la empresa, infringiendo la normativa comunitaria. A este criterio se refieren también las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-225/98.

2. La salvedad prevista en el artículo 30, apartado 3 de la Directiva 93/37/CEE, no es aplicable en este caso al tratarse de una norma posterior a la adopción de la Directiva.

IV. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL INFORME DE LA DIRECCION GENERAL DE SERVICIOS JURIDICOS DE 1 DE JUNIO DE 2000

A. Medidas destinadas a apoyar la estabilidad del empleo

A.1. Sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública.

Las políticas de empleo de los responsables de las políticas públicas, amen de constituir una preocupación creciente para conseguir superar las altas tasas de desempleo, que no disminuyen el mismo ritmo que aumenta el crecimiento económico y pese a los esfuerzos en este sentido, van sufriendo una lenta evolución buscando nuevos instrumentos adecuados para afrontar los problemas estructurales del desempleo.

Las políticas de estímulo a la creación de empleo mediante subvenciones directas, incentivos a la contratación empresarial, acciones de formación, agencias de colocación, integración de colectivos excluidos (parados de larga duración, jóvenes sin formación, marginados, minorías étnicas, inmigrantes, minusválidos, etc) no son suficientes. Son necesarias “*acciones positivas*”, discriminaciones positivas puestas al servicio del cumplimiento de objetivos sociales. Si en el campo de los derechos sociales su aplicación y aceptación es pacífica - por ejemplo, igualdad de trato entre hombres y mujeres- la política social de las Administraciones Públicas cuenta con otro instrumento normativo de intervención económica para el cumplimiento de políticas sociales: discriminación positiva en el ámbito de la contratación pública a través de la inclusión de cláusulas sociales en el proceso de licitación de obras públicas.

Esta línea de mayor participación activa de las políticas sociales promovidas por los Estados miembros de la Unión Europea, se va perfilando, si bien lentamente, en el seno de la Unión.

En el informe del Comité de Sabios de marzo de 1996, *Por una Europa de los Derechos Cívicos y Sociales*, se señala:

“Si Europa rechaza simultáneamente el agravamiento de las desigualdades y de la marginación social y la generalización de las políticas de asistencia pasiva destinadas a las personas en situación de exclusión, deberá hacer un esfuerzo considerable de innovación, de organización y de movilización para construir un sistema de desarrollo donde todo el mundo tenga su lugar, será necesario desarrollar una concepción activa de la ciudadanía donde cada cual acepte tener obligaciones hacia los demás. Hará falta renovar profundamente asimismo nuestras políticas públicas, que deben prevenir tanto como curar, e incitar al esfuerzo más que asistir”

En el *Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro*, de 27 de noviembre de 1996, se abunda en esta idea:

“Una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado interior en todos sus aspectos... Con la implantación del marco jurídico comunitario de contratación pública, es importante iniciar un proceso de reflexión sobre la mejor forma de aprovechar todas sus posibilidades, para seguidamente someter la materia a debate entre los Estados miembros, el Parlamento Europeo, las entidades y poderes adjudicatarios - cuya contribución es esencial -, y las propias empresas... Nuestra política de contratos públicos abre posibilidades nuevas, pero también plantea un desafío formidable. La implantación de nuevas normas supone un esfuerzo de adaptación de los métodos tradicionales de trabajo”.

En el apartado 5.V se aborda el tema de los aspectos sociales en la contratación pública. Se reconoce que “*los poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos*”, citando a

modo de ejemplo la protección del empleo o las “acciones positivas”.

En este proceso de reflexión sobre las Directivas Comunitarias de contratos públicos merece destacarse el Informe de 9 de octubre de 1997, acerca del Libro Verde, del Parlamento Europeo, al que se anexa la opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos y de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales.

El Parlamento Europeo, después de considerar que *“El marco jurídico actual en materia de contratación pública carece de flexibilidad y es excesivamente burócrático; que por lo tanto no puede aprovecharse por completo el potencial de mercado de contratación”* (letra J), la recomendación 13 *“Reconoce que el punto de vista de la Comisión es que las directivas sobre contratación no constituyen el marco adecuado para llevar a cabo políticas ambientales o sociales, pero señala que no deberían ser un obstáculo para fomentar mejores prácticas y el mantenimiento de normas locales (rigurosas), si ese es el deseo de la entidad adjudicadora”*.

El apartado 5 de la Exposición de Motivos es concluyente sobre la falta de claridad de las Directivas sobre contratación pública en los criterios de selección de licitadores, debiendo permitirse, dentro de límites razonables, un mayor respeto por las diferencias culturales o locales sin crear obstáculos a la competencia ni tener que recurrir a la directiva de recursos. Así, se señala:

“Aunque el ponente reconoce la convicción de la Comisión de que las Directivas sobre contratación pública son sobre todo económicas, y no necesariamente el medio más adecuado para establecer políticas sociales o medioambientales, no deben constituir un obstáculo para mantener o fomentar determinados niveles de calidad. La legislación sobre contratación pública determina la forma en que se suministran mercancías y servicios, no la naturaleza de las propias mercancías. La decisión final debe dejarse a la discreción de la entidad contratante.

La documentación de licitación facilitada a los suministradores debe incluir toda la información necesaria sobre *“los criterios para la adjudicación del contrato, incluyendo **cualquier factor distinto del precio que se vaya a tener en cuenta en la evaluación de las ofertas**”*. La inclusión de criterios medioambientales, sociales u otros criterios de calidad en la descripción original de los productos o servicios solicitados no contradice la letra ni el espíritu de la ley de contratación pública; tampoco es un obstáculo para la competencia por el contrato. Sin embargo, la falta de claridad de las directivas ha producido la impresión en muchos usuarios de que aunque la “mejor calidad” es un criterio aceptado, el “precio más bajo” es el único que se puede defender”.

Obsérvese que la ponderación de criterios de adjudicación en relación con la calidad y estabilidad en el empleo en la Comunidad de Madrid sólo es del 20 por 100 del total de la baremación. Ante una oferta económicamente fuerte sobre la base de los criterios objetivos de precio, plazo de ejecución, rentabilidad, valor técnico,... - los enumerados en el apartado 1 del artículo 30 de la Directiva 93/37 y artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- los criterios relativos al empleo no van a ser decisivos para la adjudicación del contrato.

La Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, en el citado Informe, pide a la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, entre otras cuestiones las siguientes:

“- Pide a la Comisión que presente una comunicación de las posibilidades actuales para el fomento de objetivos de política social en el contexto de la contratación pública dentro de la UE con vistas a proponer enmiendas a las directivas o a proponer un instrumento europeo para la inserción de una cláusula laboral en los contratos públicos;

- Pide a la Comisión que incluya, en futuras directivas relativas a la contratación pública o en la revisión de las directivas actuales, disposiciones relativas a la admisibilidad de cláusulas contractuales relativas a objetivos sociales;

- Pide a las Instituciones de la Comunidad Europea que, en la adjudicación de sus contratos, tengan presente los objetivos de política social y que utilicen la contratación pública, siempre que sea posible, como instrumento para la puesta en práctica de los objetivos de la política social; considera que con la adjudicación de los contratos públicos también se puede contribuir a incrementar la igualdad entre sexos, a defender los derechos de las minorías y a reducir el desempleo y la marginación de los ciudadanos de la sociedad;

- Considera que los Estados miembros tienen la obligación de combatir el desempleo y la exclusión social; indica que las contrataciones públicas financiadas, en definitiva, a través de los fondos públicos, pueden contribuir al logro de estos objetivos en condiciones que garanticen la transparencia en las licitaciones y los procedimientos de adjudicación;

- Subraya la necesidad de que la Comisión considere la posibilidad de ofrecer a la entidad contratante mayores posibilidades de excluir las ofertas de los empresarios que cometan faltas graves que llevan a la infracción de la legislación comunitaria que tiene por objeto fomentar los objetivos del mercado laboral y sociales”.

Por último, en esta idea de evolución de la política social en la Comunidad, ha de destacarse el actual artículo 136 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada, en el que se dispone: *“... La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales*

fundamentales... tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía de progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad”.

Aunque en la carta de emplazamiento la Comisión afirma que las Directivas que rigen la contratación pública no han sido concebidas como instrumentos de política social, que tienen otros medios de los que servirse, la idea de la viabilidad de la aplicación de los diferentes aspectos de la política social en el procedimiento de adjudicación de los contratos se va abriendo camino cada vez con más fuerza, según la orientación que se va perfilando por las distintas Instituciones Comunitarias.

La propia Comisión en su “*Comunicación sobre la contratación pública en la Unión Europea*”, de 11 de marzo de 1998, apartado 4.4, resalta: **“La Comisión también subraya que los contratos públicos pueden ser un medio para orientar la acción de los operadores económicos, siempre que se respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario. En este contexto, la Comisión anima a los Estados miembros a que utilicen su influencia en cuanto compradores públicos para perseguir los objetivos sociales anteriormente mencionados. Por su parte, la Comisión tiene la intención de actuar de manera análoga en sus procedimientos de contratación”.**

En definitiva, a corto plazo, la inclusión de cláusulas sociales en los procesos de licitación pública será práctica común en los Estados miembros de la Unión Europea a fin de conseguir el objetivo de promoción del progreso económico y social y un alto nivel de empleo proclamado en el artículo 2 del Tratado. La Comunidad de Madrid en este sentido es pionera en esta nueva etapa que se inicia.

A.2. Primera objeción de la Comisión: *Los criterios recogidos en el artículo 2.1 del Decreto 213/1998 no se refieren a la oferta en concreto, ni dicen nada sobre el carácter supuestamente más ventajoso de la adjudicación.*

La Comisión hace una interpretación rígida del artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE -obras- y de los correspondientes en las Directivas de Servicios y de Suministros, referidos a las formas de adjudicación del contrato. El sistema enunciativo seguido en la Directiva cuando se adjudique el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, es de “*numerus apertus*”, a título de ejemplo. La STJCE, de 16 de septiembre de 1999, asunto C-27/1998 declara que la Directiva 93/37 tiene la finalidad de lograr el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos, de lo que deduce que, para cumplir ese objetivo, en la adjudicación de los contratos, el órgano de contratación puede comparar las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa basándose en criterios objetivos semejantes a los enumerados a título de ejemplo en el artículo 30.1 de la Directiva.

La ponderación de cuál sea la oferta económicamente más ventajosa para la obra, el suministro o el servicio público en concreto - en el sistema de concurso- corresponde a la entidad contratante. El órgano de contratación es el que tiene la decisión final de valorar, en cada caso, discrecionalmente, la oferta más conveniente para los intereses públicos, siempre haciendo una ponderación razonable del criterio.

La conveniencia de una determinada oferta puede considerarse, entre otros criterios objetivos de adjudicación, atendiendo a la estabilidad y calidad de los contratos que la empresa mantiene con sus empleados, puesto que la calidad del empleo ofrecido, la cualificación de sus recursos humanos a través de su formación permanente, adiestramiento, coordinación en equipo, dan mayores garantías a la Administración contratante de continuidad, de duración del equipo técnico licitador. El aseguramiento en el momento de adjudicación del contrato de que la plantilla es estable, ofrece una apariencia de seriedad y fiabilidad de la empresa oferente, de solvencia técnica, que crea mayor incertidumbre si la plantilla de trabajadores no tienen contrato indefinido. La confianza de una empresa en el buen hacer de aquellos de sus trabajadores a los que ofrece un contrato fijo, puede ser valorado por el órgano de contratación pública como apariencia de estabilidad de la empresa, y sopesarse en el momento de adjudicación del contrato como criterio objetivo de capacidad técnica que asegure el buen fin de la prestación concreta que se trate.

La Comisión identifica “oferta” con “prestación”, con el objeto de contrato. Sin embargo, “*oferta más ventajosa*” debe interpretarse como “*proposición más ventajosa*”. De ahí, que los criterios de adjudicación no deben fijarse únicamente en la prestación concreta de que se trate, sino en las proposiciones de aquellos licitadores que conlleven beneficios adicionales a la mera realización del contrato para la Administración contratante; no sólo el “*qué*” se ejecuta, sino en el “*cómo*”, es decir, la organización del equipo humano empresarial (ventajas de la estabilidad de la plantilla).

A.3. Segunda observación: *las cláusulas sociales no pueden establecerse como condiciones de adjudicación de los contratos, sino de ejecución de los ya adjudicados, como compromiso de los licitadores a adoptar posteriormente en la fase de realización del contrato.*

En primer lugar, ha de resaltarse de los criterios objetivos establecidos en el artículo 2.1 del decreto 213/1998, de los que se incluyen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares “uno o varios”,

son de diferente índole:

- a) estabilidad en la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores, con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición.
- b) porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquélla.
- c) porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato.
- d) nuevas contrataciones de trabajadores vinculados a la ejecución del objeto del contrato.

Para la valoración de los criterios de las letras a) y b) del apartado anterior, los licitadores presentarán una declaración responsable sobre la estabilidad de su plantilla y el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido. Para los criterios de las letras c) y d), deberán presentar un documento que recoja el compromiso de ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la plantilla y el compromiso de nuevas contrataciones, con indicación de su carácter temporal o indefinido, vinculadas a su ejecución. Por tanto, las condiciones establecidas en los apartados c) y d) en cuanto compromiso de ejecución por trabajadores de la plantilla -para evitar la subcontratación sin garantías- y de creación de nuevos puestos de trabajo para la realización del contrato, una vez adjudicado, incluidas como condición en los pliegos de cláusulas administrativas, cumplen los criterios señalados en la Comisión en el punto 4.4. de su "Comunicación sobre la contratación pública" de 11 de marzo de 1988, COM (1988) 143 -a que hace referencia la respuesta de la Comisión de 12 de mayo de 2000 a las preguntas escritas G-816/ES y E-817/00GS formuladas por tres Eurodiputados españoles. Dicha Comunicación señala como una de las posibilidades que pueden tenerse en cuenta para conseguir objetivos sociales en las compras realizadas por la Administración pública:

"Tomar como condición de ejecución de contratos públicos ya adjudicados, el respeto de obligaciones de carácter social, que tenga como objeto, por ejemplo, promover el fomento del empleo femenino o apoyar a ciertas categorías desfavorecidas. Es evidente que sólo se permiten las condiciones de ejecución que no discriminen, directa o indirectamente, a los licitadores provenientes de otros Estados miembros. Por otro lado, se debe asegurar una transparencia adecuada, mencionando estas condiciones en el anuncio y en las condiciones generales de contratación".

En todo caso, las dificultades prácticas que conlleva en nuestro ordenamiento jurídico el incluir condiciones de ejecución del contrato de carácter social, no pueden obviarse. La conversión de la cláusula de empleo estable en condición de ejecución determinaría, en primer lugar, una carga de la prueba del incumplimiento a la Administración, que tendría que demostrar, en fase de ejecución contractual, que el empresario adjudicatario ha incumplido el compromiso de empleo adquirido. En segundo lugar, en el supuesto de que se demostrase la violación del compromiso, se procedería a la resolución contractual, que en Derecho español se somete a una serie de trámites ineludibles, como son los siguientes (art.112 de la Ley de Contratos y Artículo 26 del R.D. 390/96, de 1 de marzo):

- 1.- Acuerdo del órgano de contratación, que requerirá previamente acuerdo del Consejo de Gobierno respecto de los contratos que superen ciertas cuantías fijadas en Las Leyes de Presupuestos, o bien tenga el contrato el carácter de plurianual.
- 2.- Audiencia del contratista por plazo de diez días
- 3.- Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos (Art.4 de la Ley 3/99, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos)
- 4.- Dictamen del Consejo de Estado (art.22 de la Ley 3/80, de 22 de abril)
- 5.- A continuación, el órgano de contratación adoptará las medidas procedentes para la liquidación del contrato (art.26.2 R.D. 390/96) y decidirá sobre la incautación de la garantía definitiva (art.113 de la Ley 13/85).

Por otra parte, el acuerdo de resolución podrá ser impugnado en la vía judicial, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual podrá conceder, durante la pendency del recurso, la suspensión de dicho acuerdo hasta que recaiga sentencia firme, esto es, sentencia del Tribunal superior ante el que cabe recurso jurisdiccional (art.129 y ss de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Una vez que exista resolución definitiva del contrato, dependiendo de su impugnación o no ante los Tribunales, o si no se suspende por éstos, la Administración debe proceder a la tramitación de un nuevo expediente de contratación y a una nueva adjudicación, con la consiguiente lesión para los intereses generales derivado de la demora o retraso en la ejecución del contrato. Tampoco en este caso se garantiza que el nuevo adjudicatario vaya a cumplir con el compromiso de mantenimiento de empleo estable. Por tanto, el compromiso de ejecución puede llevar a la inejecución o paralización "sine die".

La lentitud del procedimiento de resolución del contrato descrito, contrasta sobremanera con el existente respecto de los contratos de las Instituciones Comunitarias regulado en el Reglamento Financiero de 21 de diciembre de 1977 y en su Reglamento de ejecución de 9 de diciembre de 1993, así como en el Pliego de Condiciones Generales aplicables a los contratos de la Comisión (marzo 1996). En dichas normas se prevé que en caso de incumplimiento del contratista, la Comisión puede requerir al

contratista, mediante una carta de emplazamiento, a que cumpla el objeto del contrato, y, en caso contrario, proceder a la resolución. La Comisión incluso puede resolver el contrato en caso de incumplimiento grave del contratista, comunicando la decisión de rescisión mediante una simple carta certificada.

El Tribunal de Justicia ha llegado a reconocer a las Instituciones comunitarias un poder unilateral de resolución absolutamente discrecional, convocando, si lo desea, un nuevo concurso para una nueva adjudicación del contrato (Sentencia de 1 de junio de 1995, asunto C-42/94, *Heidemij Advies Bv versus Parlamento Europeo*).

Quizá, la gran diferencia que puede observarse, de acuerdo con lo expuesto, en el procedimiento de resolución contractual entre el aplicable por la Comunidad de Madrid y el que rige para las Instituciones Europeas, pueda explicar la persistencia de la Comisión para que se lleven los compromisos de empleo estable a la fase de ejecución del contrato. Únicamente mediante la fórmula adoptada por la Administración autonómica de considerar la estabilidad en el empleo como criterio objetivo de adjudicación del contrato, puede conseguirse la finalidad a que obedecen las medidas adoptadas en el Decreto 213/98, sobre contratación administrativa.

A.4. Tercera objeción: *las condiciones incriminadas no garantizan una verdadera competencia y condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas vulnerando las Directivas comunitarias de adjudicación de contratos públicos.*

Al analizar la sentencia "Beentjes", la Comisión recuerda que la misma precisó que "la exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (...) 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". Por consiguiente, se razona que a pesar de que las autoridades españolas aseguren que la creación o el mantenimiento del empleo estable puede llevarse a cabo en la Comunidad de Madrid, en el resto del territorio español o en otros Estados, **no está excluido que resulten desfavorecidas las empresas extranjeras establecidas en Estados miembros en los que no se fomenten o se prevean situaciones como las contempladas por el Decreto en causa.** No se afirma que exista discriminación, sino que no se excluye que no exista. El principio de libre concurrencia en la contratación y el de igualdad de trato se exige invirtiendo su enunciado: que no se excluya la posibilidad de licitación a empresas extranjeras nacionales de países en las que no se fomente la estabilidad en el empleo como política social.

Ha de tenerse en cuenta que la sentencia "Beentjes" únicamente examina la Directiva 71/305, señalando que es compatible la condición contractual de emplear trabajadores en paro prolongado siempre que no incida de forma discriminatoria, directa o indirectamente, por lo que respecta a otros licitadores de Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato.

El Decreto 213/1998 no establece ninguna medida discriminatoria de participación como licitador de ningún empresario de otro Estado miembro de la Comunidad europea, y exige que los criterios objetivos en relación al empleo se incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. En concreto, en las tres licitaciones de la Comunidad de Madrid que dieron lugar al inicio de este procedimiento de infracción, expresamente se incluían en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de optar a la adjudicación de los contratos a las "personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras".

En el asunto C-225/98 a que se refiere la Comisión, pendiente de resolución por el Tribunal de Justicia, el Abogado General en sus conclusiones considera que no se infringe la Directiva 93/37 si la obligación de promover el empleo se hubiese formulado como condición y revistiese por lo tanto el carácter de criterio de ejecución. El Gobierno francés mantiene por el contrario que no encuentra base en la Directiva 93/37 el criterio de publicación en los anuncios de licitación, no aparece en ningún apartado del anexo IV que prevén los modelos de anuncio, y que, en todo caso, si el criterio de empleo debiera ser considerado como criterio de ejecución, no lo sería basándose en dicha Directiva, sino en el derecho nacional.

El considerar que es conforme a las Directivas comunitarias y que permite garantizar una competencia efectiva el que se incluya como condición de ejecución, en la práctica no resuelve el tema. Si las empresas conocen a través del anuncio de licitación las condiciones exigidas, pueden valorar si el contrato les interesa, si pueden asumir los compromisos de empleo estable y ofertar en tal sentido. Por el contrario, si adjudicado el contrato no pudieran contar con el tipo de empleo exigido por la Administración para su puesta a disposición de la ejecución del contrato, éste habría de ser rescindido o resuelto por incumplimiento, lo que perjudica a los demás empresario que "ab initio" si están en condiciones de garantizar un elevado nivel de protección social frente al adjudicatario que no puede cumplir dichas exigencias, siendo además altamente perjudicial para los intereses públicos.

Como alega el Abogado General en el mencionado asunto C-225/98 "no conviene desconocer el hecho de que el aspecto relativo al empleo se presenta actualmente de forma diferente de la que tenía en el

momento de adopción de la Directiva que hoy consideramos, tomando en consideración más los aspectos económicos que los aspectos sociales. En todo caso es al legislador a quien incumbe modificar esta situación" (traducción no oficial).

Una última referencia. El fomento de empleo es actualmente un objetivo de la Comunidad, por lo que no se puede considerar discriminatoria una política social que tienda precisamente a elevar el nivel de protección social y de la que puedan derivar exigencias más difíciles de cumplir por licitadores de otros Estados miembros que no se esfuercen en el fomento del empleo.

Además, la contratación indefinida en modo alguno empece a la utilización de fórmulas flexibles de trabajo (reducción de jornada laboral, cómputo anual del tiempo de trabajo, reducción de las horas extraordinarias, fomento de trabajo a tiempo parcial), beneficiando a los trabajadores al mismo tiempo con una seguridad suficiente en sus contratos.

En la Resolución del Comité de las Regiones, de 2 de junio de 1999 sobre el "Pacto Europeo para el Empleo", expresamente se dice:

5. SUBRAYA el papel central de los entes regionales, en su doble función de responsables políticos y empresarios, para alcanzar el objetivo general de fomentar el empleo mediante una amplia gama de iniciativas, dirigidas a crear puestos de trabajo estables, lo que se considerará prioritario. En la mayor parte de los casos, las iniciativas de fomento del empleo, especialmente las que se destinan a los grupos más vulnerables, se desarrollan a escala regional. Esta idea ya figura en los dictámenes del CDR mencionados anteriormente;

6. CONSIDERA DETERMINANTE que los municipios y las regiones, en la medida de lo posible, puedan planificar y aplicar las medidas para el empleo del modo más oportuno, en cooperación con los interlocutores sociales y de conformidad con los cuatro pilares de las Directrices europeas para el empleo de 1999; capacidad de inserción profesional; espíritu de empresa; capacidad de adaptación; igualdad de oportunidades;

B. Medidas para favorecer la integración social de los minusválidos.

En cuanto al criterio de preferencia de contratación con empresas que tengan trabajadores minusválidos, la propuesta de la Comisión es similar a la de las medidas de estabilidad en el empleo.

Ha de tenerse en cuenta que las exigencias de que la empresa licitadora tengan en su plantilla, en el momento de acreditar su solvencia técnica, un número de trabajadores en plantilla no inferior al 2 por 100, deriva del cumplimiento de la Ley 13/82, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos. A este respecto, el apartado 3 del artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, admite la posibilidad de adjudicar contratos sobre la base de preferencia en el caso de preexistencia de una normativa vigente en el momento de adoptarse la Directiva que sea compatible con el Tratado. Aunque el precepto del Decreto de la Comunidad de Madrid es posterior, la Ley estatal de Integración que aplica es anterior.

La Comisión, en la reunión de 25 de febrero de 2000, celebrada en el Ministerio de Asuntos Exteriores entre los servicios de la Comisión Europea y una delegación de la Comunidad de Madrid, consideró que iba a estudiar el R.D. 27/2000, de 14 de enero, que desarrolla el artículo 38.1 de la Ley, sobre implantación de medidas alternativas a la obligación de emplear minusválidos, y que pueden dar por zanjado definitivamente el tema.

En todo caso, se mantiene como criterio de desempate en caso de ofertas equivalentes, para el supuesto que la oferta de la empresa con trabajadores minusválidos iguale en todos sus términos a la oferta u oferta más ventajosa, lo que se comprobará después de aplicar los criterios objetivos de contratación. La sentencia "Beentjes" a que alude la Comisión en referencia a las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-225/98, en nada examina un criterio como el ahora cuestionado, sino si la Directiva 71/305 se opone a la exclusión de un licitador, entre otras razones, por incapacidad del empresario para emplear trabajadores en paro prolongado.

La medida de preferencia ante proposiciones iguales lo que hace es llenar un vacío de las Directivas comunitarias, empleando una fórmula similar a la que se establece en la Disposición Adicional Octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas española. En otro caso podrían utilizarse criterios de desempate como el azar o la prioridad en la presentación de ofertas, por ejemplo, que no aportan ninguna ventaja añadida al no ser ya criterios objetivos de adjudicación. Sin duda, la medida implantada por la Comunidad de Madrid refuerza la política de igualdad de oportunidades de uno de los sectores sociales excluidos: los minusválidos.

C. Conclusiones del informe

1. La inclusión de cláusulas sociales en los procesos de licitación pública se va abriendo camino en el seno de la Unión europea como instrumento de promoción de políticas sociales.

2. La oferta más ventajosa puede considerarse atendiendo a la estabilidad y calidad de los contratos que la empresa licitadora ofrece a sus empleados; que la calidad del empleo ofrecido pueda valorarse por el órgano de contratación como garantía de solvencia técnica.

3. La forma de adjudicación a la oferta más ventajosa se refiere a la proposición más conveniente no limitándose a la prestación en concreto de que se trate.
4. El considerar la estabilidad en el empleo no como criterio de adjudicación, sino como compromiso para la ejecución del contrato, en la práctica española, puede dar lugar a la inejecución del contrato, no sirviendo de medio de realización de la política social pretendida.
5. En las condiciones de adjudicación de los contratos adoptados por la Comunidad de Madrid no hay base alguna para afirmar que existe infracción de los principios de libertad de circulación e igualdad de trato. El fomento del empleo es uno de los objetivos actuales de la Unión.
6. El criterio de preferencia de trabajadores minusválidos, además de cumplir las exigencias de la Ley estatal de Integración Social de Minusválidos, es más justo que la utilización de criterios aleatorios, reforzando la política de igualdad de oportunidades.

V. RESPUESTA DE LA COMISION

La Comunidad de Madrid envió su respuesta el 13 de julio de 2000. La Comisión invitó el 9 de octubre a la Comunidad autónoma a una nueva reunión paquete de infracciones en materia de contratación pública a celebrar en el Ministerio de Asuntos Exteriores. A tales efectos preparó una ficha en la que tras relatar las diferentes reuniones, cartas de la Comisión y respuestas de las autoridades españolas mantiene las siguientes apreciaciones:

- las directivas sobre "mercados públicos" no tienen en cuenta las consideraciones macroeconómicas, para la determinación de la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico, sino solamente el contrato público concreto que hay que concertar. La jurisprudencia invocada, aunque admite condiciones sociales en la ejecución de un contrato (bajo condiciones de publicidad y no discriminación), no hace en ninguna sentencia referencia a la posibilidad de utilizar estas condiciones como criterios de atribución.
- las referencias que sirven de apoyo a la contestación a la carta de requerimiento, o bien no se refieren explícitamente a los mercados públicos o son recomendaciones de "lege ferenda"
- la consideración de la estabilidad en el empleo como un elemento a tener en cuenta en la oferta económica más ventajosa, ignora los precedentes de la jurisprudencia, y confunde los criterios de selección (estructura del equipo humano de la empresa) y de atribución (que versan sobre el objeto del mercado).
- en efecto, insertar las condiciones sociales en la ejecución del contrato puede desembocar en una anulación del contrato si el ganador no hace honor a sus obligaciones, siendo el procedimiento, entonces, demasiado pesado, oneroso y largo.
- los empresarios extranjeros que participen en el contrato pueden ver su evaluación afectada de modo negativo si sus países de origen no persiguen los mismos objetivos por lo que se refiere al empleo estable.
- En cuanto a la parte de "trabajadores minusválidos", la carta de emplazamiento no afectaría a la Ley de Integración Social de los Minusválidos, pero sí a la utilización de un criterio para separar las ofertas presentadas, basada en un criterio de preferencia que las autoridades españolas lo consideran más justo que un criterio aleatorio.

En dicha reunión paquete la Comisión puso de manifiesto que estaba estudiando las últimas sentencias del TJCE, en concreto la de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-225/98, *Nord-pas de Calais*, y la de 3 de octubre de 2000, Asunto C-380/98, *Cambridge*, ambas referidas a la contratación pública, quedando pospuesta la contestación de la Comisión a la carta de emplazamiento a la interpretación de dicha jurisprudencia.

VI. COMENTARIO SOBRE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN RELACIÓN A LA CARTA DE EMPLAZAMIENTO 98/5040 DE LA COMISIÓN EUROPEA.

1. De las dos sentencias mencionadas, la más clarificadora, a efectos de la carta de emplazamiento dirigida contra el Decreto madrileño 213/1998, de 17 de diciembre, es la de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-225/98, Comisión contra República Francesa.

El objeto concreto de este análisis es la imputación de la Comisión de falta de conformidad con el artículo 30 de la Directiva 93/37, de la inclusión en determinados anuncios de licitación, como criterio de adjudicación de contratos públicos de obras, de un criterio relativo al servicio público de empleo local, que la sentencia examina en los fundamentos jurídicos 46 a 54.

La Comisión mantiene la misma crítica que en la carta de emplazamiento dirigida a la Comunidad de Madrid: *no puede tomarse en consideración las acciones vinculadas al empleo como criterio de adjudicación en los anuncios de licitación de los contratos públicos, pues en virtud del artículo 30 de la Directiva 93/37, los criterios de adjudicación deben basarse bien en el precio más bajo, bien en la oferta económicamente más ventajosa.* Y al igual que en nuestra carta de emplazamiento, entiende que la

sentencia “Beentjes”, de 20 de septiembre de 1988, permite que las condiciones relativas al empleo puedan incluirse como criterio de ejecución de los contratos, pero no como criterio de adjudicación de los mismos.

Del razonamiento del Tribunal pueden extraerse las siguientes ideas:

- el artículo 30, apartado 1 de la Directiva 93/37, al señalar los criterios en que ha de basarse el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos, no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo.
- esta condición debe respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, citando en particular el principio de no discriminación en materia de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.
- la aplicación de tal criterio de adjudicación del contrato debe respetar las normas de procedimiento de la Directiva, especialmente el de publicidad, debiendo mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición.
- a diferencia de lo que entiende la Comisión, se deriva claramente del apartado 14 de la sentencia Beentjes que la condición de contratar parados de larga duración -que había servido para la exclusión de un licitador en dicho asunto- no se refería a una condición de ejecución del contrato, sino a un criterio de adjudicación del mismo.
- al ponerse solo en entredicho por la Comisión la mención del criterio de lucha contra el desempleo como criterio de adjudicación en los anuncios de licitación, sin alegar que no respete el principio de no discriminación, ni que no se haya publicado en el anuncio, procede desestimar el motivo de infracción.
- la exigencia de publicidad conforme a la sentencia Beentjes obliga a los órganos de contratación, cuando no utilicen el precio más bajo como único criterio para la adjudicación del contrato y se basen en diversos criterios con el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, a mencionar estos criterios, bien en el anuncio de licitación, bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que baste una remisión global a una disposición de la legislación nacional (punto 73).

Tal fundamentación no solo viene a confirmar que el Tribunal de Justicia admite como criterio adicional de adjudicación de los contratos públicos condiciones relacionadas con la lucha contra el desempleo, si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente en los licitadores de otros Estados miembros y se menciona obligatoriamente en el anuncio del contrato, sino que aclara que la sentencia Beentjes, frente a la interpretación de la Comisión, considera las condiciones relativas al empleo como criterio de adjudicación de los contratos, no como criterio de ejecución.

Recuérdese que en el asunto examinado en la sentencia Beentjes, en el anuncio de licitación del contrato discutido en el pleito ante el órgano jurisdiccional nacional, se disponía: *“la mano de obra empleada deberá estar constituida en un 70% al menos, por trabajadores en paro prolongado, contratados a través de la oficina de empleo regional”*. Tal condición permitió al órgano adjudicador excluir a un licitador al considerar que era incapaz de cumplirla, en beneficio de otra empresa que había licitado por una cantidad inmediatamente superior. Pues bien, el Tribunal de Justicia no solo entendió que se trataba de una condición particular adicional de adjudicación, sino que la consideró compatible con la Directiva 71/305 al estar mencionada en el anuncio de licitación permitiendo así que los contratistas conocieran la existencia de tal condición. Es más, respecto a otro de los motivos de exclusión del contrato a la empresa Beentjes BV *“por parecer su oferta menos aceptable a los poderes adjudicadores”*, que roza los límites de libertad de apreciación del órgano de contratación, sin ningún criterio objetivo de ponderación, el Tribunal resolvió que no era incompatible con la Directiva si se interpreta en el sentido de que atribuye a los poderes adjudicadores una facultad de apreciación con el fin de comparar las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa, por criterios objetivos semejantes a los enumerados a título de ejemplo en el apartado 2 del artículo 29 de la Directiva -artículo 30.1 de la Directiva 93/37- (apartado 27 de la sentencia).

Y en esta nueva sentencia de 26 de septiembre de 2000 confirma que entre esos criterios *semejantes* se puede utilizar una condición relacionada con la lucha contra el desempleo.

En la carta de emplazamiento dirigida contra el Decreto autonómico, la Comisión no alega que tal condición infrinja el principio de no discriminación, sino que señala que no queda excluida la posible desigualdad de trato para licitadores de Estados miembros cuyas políticas sociales no fomenten la estabilidad de la plantilla de trabajadores. Pues bien, volviendo a la sentencia Beentjes, el Tribunal resalta que *“la Directiva no establece una normativa comunitaria uniforme y exhaustiva, sino que, en el marco de las normas comunes que contiene, los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar normas materiales y de procedimiento en materia de contratos públicos, a condición de que*

respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en materia de establecimiento y libre prestación de servicios”, remitiendo a la sentencia Bellini de 9 de julio de 1987 (razonamiento jurídico 20 de la sentencia). El punto de enfoque, por tanto, no es que los Estados miembros hayan de aplicar las mismas políticas sociales en su lucha contra el desempleo, sino que la condición de adjudicación del contrato exigida por el poder público licitador, dentro de sus competencias materiales y territoriales de lucha contra el desempleo, permita concurrir por igual a los licitadores de todos los Estados miembros independientemente de su nacionalidad o de la legislación social de sus Estados. Y la comprobación, caso por caso, de si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta, habida cuenta de las circunstancias que se den en cada contrato, corresponde al Juez nacional ante el que se plantee el litigio (apartado 30 de la sentencia Beentjes).

2. En esta última consideración sirve también de argumento favorable a nuestras tesis la sentencia “Cambridge” de 3 de octubre de 2000, Asunto C-380/98. El Tribunal de Justicia incide en que el objetivo de las Directivas sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro y obras (Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 del Consejo, respectivamente), “es suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operados económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro” (...) excluyendo “tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico” (apartados 16 y 17 que remiten a las sentencias de 10 de noviembre de 1988, As. C-360/96 y 15 de enero de 1998, As. C-44/96). De ello se deriva que aquellos criterios objetivos de adjudicación -de nuevo los contemplados en las Directivas a título de ejemplo u otros similares como el criterio basado en la lucha contra el desempleo- que se apliquen por igual, cualquiera que sea la nacionalidad del licitador del Estado miembro, que permita valorar la oferta económicamente más ventajosa para el poder público adjudicador ante ofertas similares de cualquier operador económico que previamente conozca dichos criterios de adjudicación y su ponderación, es absolutamente conforme a los principios informadores del Tratado sobre libre prestación de servicios y derecho de establecimiento entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Bibliografía

PEREZ LLORCA, Javier: “La contratación de obra pública como instrumento de la política social”. *Documentación social. Revista de Estudios Sociales y de sociología aplicada*, nº 117 y 118, Madrid, 2000

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996

[\[36\]](#) Magistrada de lo Contencioso-Administrativo

*Dirección General de los Servicios Jurídicos
Consejería de Presidencia y Hacienda
Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 28013 Madrid
[Revista Jurídica](#) | [Índice General](#)*

Última actualización
25-09-2001