

DICTAMEN 1/2003, DE 21 DE MARZO, DE LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT VALENCIANA SOBRE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA GENERALITAT VALENCIANA

I INTRODUCCIÓN

1. Motivación y objeto del dictamen.
2. Antecedentes internacionales.

II LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Criterios sociales a integrar en la contratación pública.
2. Fase previa de licitación: Definición del objeto del contrato y especificaciones técnicas. Reserva de contratos.
3. Exclusión del licitador por su situación personal. Prohibiciones de contratar. Problemas que plantea su aplicación práctica . Prohibiciones sobrevenidas.
4. La fase de selección de los licitadores. Medios para acreditar la capacidad o solvencia. Los criterios de selección. El compromiso de adscripción de medios personales.
5. Los aspectos sociales en la fase de evaluación de las ofertas.
6. Ejecución del contrato.

III ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. El concepto de estabilidad en el empleo.
2. Tipología de la contratación laboral por cuenta ajena.
3. Posibles incidencias de la estabilidad laboral en la contratación pública.
4. Relaciones entre estabilidad laboral y capacidad y solvencia de las empresas.
5. La estabilidad laboral como factor de calidad en los criterios de adjudicación de los contratos públicos.
6. Estabilidad en el empleo y condiciones de ejecución del contrato.

IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

INTRODUCCIÓN

1. Motivación y objeto del dictamen

El presente dictamen viene motivado por el acuerdo suscrito por el Gobierno Valenciano y representantes de los trabajadores y de las empresas valencianas, denominado Pacto Valenciano por el Crecimiento y el Empleo 2001-2006 (PAVACE).

Dentro del apartado correspondiente al marco institucional y Administración Pública se contempla el siguiente compromiso:

La administración pública valenciana ha de experimentar en los próximos años una profunda transformación [...] configurando lo que ha de ser la Administración Pública del futuro, una Administración Pública eficaz, equilibrada, orientada a los ciudadanos, que promueva el progreso con servicios de calidad y la capacidad necesaria par adaptarse a los cambios.

En el seno de esta nueva Administración ha de darse un proceso de reforma en la función pública que tenga en cuenta los siguientes aspectos:

a) [...]

b) *Incluir en la convocatoria de ayudas y en la baremación de los concursos para la adjudicación de contratos:*

- *Grado de cumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.*
- *Considerar en la baremación de los méritos, a la hora de calificar la solvencia profesional y económica de una empresa, como un criterio más, el hecho constatable de que se haya generado una mayor contratación estable.*
- *Cumplimiento de la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI).”*

En consecuencia, el presente dictamen tiene por objeto analizar y delimitar, desde un punto de vista jurídico y también económico, las posibilidades que ofrece la legislación de contratos de las Administraciones Públicas de contribuir al cumplimiento del objetivo anterior, mediante la utilización de cláusulas sociales orientadas a dicha finalidad en los procedimientos de contratación, así como los aspectos que en su caso deben tenerse en cuenta.

Las cláusulas sociales se pueden definir atendiendo a su objetivo o finalidad. En nuestro caso, se trataría de cláusulas que se incluyen en los tratados o acuerdos comerciales imponiendo en el orden jurídico interno el respeto de un mínimo de reglas relacionadas con las condiciones de trabajo.

Sin embargo, en la práctica, se presentan modalidades de cláusulas sociales que no se ajustan estrictamente a estas bases. Ello es consecuencia de que la realidad hace surgir mecanismos variados que tienen como denominador común fijar niveles mínimos de protección laboral. Desde esta perspectiva, se considera también cláusula social cualquier norma, inclusive, interna, que establezca unos mínimos en esta materia. Deben tratarse de normas con rango constitucional o legal y, asimismo, también podrían ser objeto de iniciativa privada y emanar de la autonomía colectiva mediante negociación.

En la acepción a la que nos vamos a referir, las Cláusulas Sociales pueden definirse como la inclusión de ciertos criterios o principios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (criterio de admisión), como elemento de valoración (puntuación) o como obligación (exigencia en la ejecución).

2. Antecedentes internacionales.

2.1. Naciones Unidas

La necesidad de asegurar el respeto de los niveles mínimos de protección social se ha manifestado casi tan tempranamente como la propia cuestión social. No obstante, los intentos de las primeras formulaciones al respecto datan de la Conferencia Económica Internacional organizada en 1927 por la Sociedad de las Naciones, que recomendó a los Gobiernos que alentaran a los empleadores a aplicar formas de remuneración que permitiesen al trabajador obtener una parte equitativa del incremento de su rendimiento.

En 1947, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo adoptó la Carta de la Organización Internacional del Comercio, por la cual los Estados miembros expresaban el reconocimiento de que las condiciones de desigualdad de trabajar crean dificultades en el comercio internacional, por lo que cada miembro debería adoptar cualquier medida que fuera apropiada para hacer desaparecer tales condiciones dentro de su territorio.

La Ley Modelo sobre Contratación Pública, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 1994, se redactó con el objeto de asistir a los países en el proceso de reforma y actualización de sus leyes en materia de adquisiciones por el sector público. La Ley prevé la técnica adecuada para alcanzar los fines de competencia leal, transparencia, imparcialidad y objetividad en todo el proceso de contratación, asegurando así una mayor economía y eficiencia en este campo. En el tema que nos afecta son de especial relevancia los art. 34.4 y 39, a saber:

*“Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas
4-c) La entidad adjudicadora, al determinar la oferta más económica de conformidad con el apartado ii) del inciso b) del presente párrafo, únicamente podrá tener en cuenta lo siguiente:*

[...]

[...]

El efecto que tendría la aceptación de una oferta sobre la balanza de pagos y las reservas de divisas [del Estado], los acuerdos de comercio compensatorio ofrecidos por los proveedores o contratistas, la proporción de contenido local, desde el punto de vista de la fabricación y de la mano de obra y los materiales, que los proveedores o contratistas ofrezcan respecto de los bienes, las obras o los servicios, las perspectivas de desarrollo económico, de inversiones o de otras actividades comerciales que ofrezcan las ofertas, el fomento del empleo, la reserva de determinada parte de la producción a los proveedores internos, la transferencia de tecnología y el desarrollo de conocimientos especializados de gestión, científicos u operacionales [... (el Estado promulgante podrá ampliar la presente lista con otros criterios)]

Artículo 39. Criterios para la evaluación de las propuestas

La entidad adjudicadora establecerá los criterios que hayan de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que se aplicarán. Esos criterios se comunicarán a los proveedores y contratistas en la solicitud de propuestas y sólo podrán referirse a lo siguiente:

[...]

[...]

[...]

El efecto que la aceptación de una propuesta tendría en la situación de la balanza de pagos y en las reservas de divisas de (el Estado), el grado de participación de proveedores y contratistas locales, el aliciente al empleo, las potencialidades de desarrollo económico que ofrece la propuesta, la transferencia de tecnología y el desarrollo de conocimientos especializados de gestión, científicos u operacionales (. . . (el Estado promulgante podrá ampliar el inciso d) incluyendo otros criterios).”

2.2. La O.I.T

La creación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) en 1919 y, especialmente, el trabajo desarrollado en el seno de la misma a partir de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Filadelfia (1994), ha permitido progresivamente contar con un sistema normativo internacional de protección del trabajo y de los derechos laborales fundamentales.

La O.I.T. formuló opinión a través de la Memoria anual en la Conferencia de 1994. En dicho documento, se enfatiza que la organización no puede quedar al margen del debate sobre la ‘cláusula social’, pero también recuerda que no tiene mandato para reglamentar el comercio internacional. De los trabajos realizados respecto de los derechos básicos, ha surgido, dentro de la O.I.T., la convicción generalizada de que deben incluirse cuatro temas: Libertad sindical y negociación colectiva; no discriminación; trabajo forzoso y la baja infantil. Si bien se declara la vigencia no restrictiva de estos derechos.

Bajo estas previsiones, en 1998, la Conferencia de Trabajo, órgano máximo de la O.I.T., en su 86ª Reunión Ordinaria, en su Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos reales del trabajo, adoptó un acuerdo según el cual todo país, por el hecho de ser miembro de la O.I.T., se compromete a cumplir los principios constituidos en los convenios internacionales de trabajo, aún cuando no los haya ratificado.

2.3. La Unión Europea

La creación de la C.E.E., CECA Y EURATOM, por el Tratado de Roma de 1950, la consagración del libre establecimiento y libre prestación de servicios y la consecución de una verdadera comunidad económica, no podía obviar aspectos de política social que evidentemente venían abocadas por la consagración del Estado social propio de los países pioneros y, hoy día, de los 15 países miembros de la Unión Europea.

La Unión Europea se constituye en una verdadera entidad supranacional que ha recibido transferencia de soberanía de los estados miembros, incluso en el ámbito laboral, especialmente, desde que el TJCEE determinó la aplicación directa de las Directrices cuando sus disposiciones fueran claras, precisas y ejecutables. Y desde que el Tratado de Amsterdam de 1997 incorporó la Carta Social Europea de 1961 y la Comunitaria de Disposiciones Fundamentales de los trabajadores de 1989 a los Tratados Fundamentales, puede decirse que incrementar el nivel de vida, promover un elevado nivel de empleo y protección social y mejorar las condiciones de vida y trabajo figuran entre los objetivos de la Unión Europea.

En efecto, la cumbre de Amsterdam en junio de 1997, posteriormente ratificada por los Consejos Europeos de Luxemburgo y Viena en 1997 y 1998, acordaron las directrices de empleo para los Planes Nacionales de Acción, donde se recogen los cuatro pilares de la política sobre el empleo: capacidad de inserción profesional, espíritu de empresa, capacidad de adaptación e igualdad de oportunidades. A lo largo de estas directrices se impone la adaptación necesaria para atajar el desempleo de larga duración, la sustitución de medidas pasivas por activas, prestar especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad, las minorías étnicas y otros grupos e individuos desfavorecidos y elaborar políticas preventivas y activas que faciliten su integración en el mercado de trabajo, y la promoción de medidas que aprovechen plenamente la creación de puestos de trabajo en la economía social.

Asimismo, se propuso insertar, en un primer intento, una cláusula de respeto de normas mínimas en materia social en los acuerdos de cooperación entre la entonces Comunidad Económica Europea y los países signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública, sin que esta propuesta obtuviera consenso.

También se han formulado mecanismos procedentes exclusivamente de la iniciativa privada para pactar la obligación mínima de respetar los mínimos de protección laboral, etiquetado social, códigos de conducta empresarial, que contienen directrices de una

política empresarial referida a condiciones de trabajo, certificados de cumplimiento de normas laborales nuevas exigidas por la empresa, normas de responsabilidad social.

La Agenda de Política Social adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000 (28 de junio de 2000) renueva los compromisos de la Cumbre de Lisboa para lograr una jubilación positiva y dinámica entre las medidas económicas, de empleo y sociales y un acuerdo político que movilice a todos los agentes clave para trabajar conjuntamente en la consecución del nuevo objetivo estratégico.

Con fecha 14 de julio y a propósito de la Agenda Social 2000, el Parlamento Europeo (Comisión de Empleo y Asuntos Sociales) emite un Documento de Trabajo (P.E. 286.207/b/rev. De 14 de julio de 2000) que explicita los principales objetivos de la Agenda:

1. Calidad de empleo: Logro del pleno empleo.
Inversión en recursos humanos y formación.
Movilidad de los trabajadores.
Condiciones laborales, salud y seguridad en el trabajo como integrantes de los derechos sociales.
2. Calidad social: Protección social.
Inserción social.
3. Calidad de vida: Igualdad hombre – mujer en el ámbito del trabajo.
Igualdad de oportunidad para personas discapacitadas.

La preocupación por la política social en el desarrollo de la Unión Europea ha propiciado que, desde los máximos organismos rectores de la misma, se estimulen las medidas tendentes a la integración de los aspectos sociales en todos los campos. Uno de ellos es la política del mercado interior, donde la contratación pública es uno de los componentes principales.

En materia de contratación pública, las Directivas del Consejo que la regulan básicamente, a saber, la 92/50/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de servicios, 93/36/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de suministros, 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de obras, modificada por la Directiva 97/52/CEE del Parlamento y del Consejo, y 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los llamados ‘sectores excluidos’ (agua, energía, transportes y telecomunicaciones) tienen también por objeto garantizar la libre circulación de mercancías y la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública.

La concurrencia de estos y otros enfoques en la contratación pública se reflejarán en el tema objeto de este dictamen y – como se verá – el debate está abierto tanto por parte de las Instituciones políticas Europeas, incluidos el Parlamento Europeo y la Comisión, como por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los propios Estados miembros, en su legislación.

Con carácter previo, debe estimarse que las Directivas que regulan los procedimientos de contratación, no hacen alusión alguna al establecimiento de aspectos sociales en los procedimientos de adjudicación, si bien del análisis de esta normativa comunitaria se puede deducir una serie de posibilidades que permitan dar cabida a objetivos sociales.

Las Propuestas de Directivas de coordinación de los procedimientos de contratación, cuyo procedimiento de aprobación se halla en trámite de segunda lectura (COM (2000) 275 final y COM (2000) 276 final¹ tal y como quedan en su última versión tras las enmiendas del Parlamento europeo únicamente hacen referencia a esta cuestión en la llamada “reserva de contratos” , a la que más adelante nos referiremos.

No obstante, hay que recordar que la preocupación por la materia, ante la regulación más o menos estricta de la literalidad de las Directivas, tanto las actuales como la normativa anterior, ha provocado una profusa batería de comunicaciones de la Comisión sobre contratación pública, a partir de la titulada ‘Contratación Pública. Aspectos regionales y sociales’ (COM 89) 400 final. Esta comunicación se hizo eco de la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto Gebroeders Beentjes BV y Países Bajos a la que nos referiremos más adelante.

También hay que destacar que el Libro Verde de la Comisión, de 27 de noviembre de 1996, COM (96) 583 final, nace ya con las adecuadas Directivas sobre contratación pública en vigor. Tanto del mismo y de las numerosas observaciones recibidas por los agentes económicos y sociales fue la Comunicación de 11 de marzo de 1998 COM (98) 143 ‘La Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro’, en la que la Comisión, ante la problemática incitada en relación con las cuestiones planteadas por los agentes sociales, estima la conveniencia de adoptar una Comunicación interpretativa sobre las condiciones en las cuales las cláusulas o aspectos sociales puedan ser consideradas en la contratación pública. Ésta se produjo en fecha 15 de octubre de 2001 COM (2001) 566 final.

En la parte expositiva de Libro Verde se destacan las siguientes referencias a los aspectos sociales:

“La política de contratación pública tiene una incidencia positiva sobre otras políticas comunitarias [...]
La reglamentación sobre contratación pública puede igualmente contribuir a cumplir los objetivos de la política social y del medio ambiente.”

¹ Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras (2000/C203E/31) (COM (2002)236 final. D.O.C.E. 203E/210 de 27 de agosto de 2002.

El Capítulo V viene íntegramente dedicado a la consideración de los aspectos sociales en la contratación pública indicando:

“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. Entre los ejemplos que ilustran esta situación, pueden citarse las exigencias legales en materia de protección del empleo y de las condiciones de trabajo, cuya aplicación es obligatoria en el lugar en que se ejecuta un contrato de trabajo, o las denominadas "acciones positivas", es decir, la utilización de un contrato público como medio de conseguir el objetivo deseado, por ejemplo la constitución de un mercado cautivo para un taller protegido, del cual no cabe esperar que haga frente a la competencia de empresas comerciales tradicionales con una productividad normal.

En estas situaciones, es de aplicación la normativa derivada del Tratado CE y de las Directivas. Esta es la razón por la cual, desde el momento de la entrada en vigor de las Directivas de contratos públicos, se ha planteado constantemente la viabilidad y conveniencia de perseguir estos objetivos sociales, teniendo en cuenta las limitaciones específicas que imponen las Directivas para evitar que peligre su motivación esencial.

Determinadas disposiciones, contenidas en todas las Directivas, ofrecen una primera posibilidad al permitir la exclusión de los empresarios que hayan sido condenados por delitos relativos a su moralidad profesional o que, en su actividad, hayan cometido una falta grave. Evidentemente, esto también es válido cuando el delito o la falta grave se derivan de la violación de una legislación encaminada a fomentar objetivos sociales. Por tanto, en estos casos, las disposiciones citadas permiten indirectamente a los poderes adjudicadores perseguir objetivos sociales, excluyendo de los procedimientos de adjudicación de contratos a los candidatos que no hayan respetado este tipo de legislación.

Una segunda posibilidad consiste en imponer como condición de ejecución de los contratos públicos adjudicados el respeto de obligaciones de carácter social, encaminadas por ejemplo a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas. A este respecto, la verificación de una condición de este tipo debería tener lugar fuera del procedimiento de adjudicación del contrato (véase la sentencia Beentjes citada, así como la Comunicación de la Comisión sobre los aspectos sociales y regionales de los contratos públicos). Naturalmente, sólo se autorizan condiciones que no tengan efectos discriminatorios, directos o indirectos, con respecto a licitadores procedentes de otros Estados miembros. Además, debe asegurarse una transparencia adecuada mediante la mención de estas condiciones en los anuncios de licitación o en los pliegos de condiciones. En cambio, en estos momentos, las disposiciones de las Directivas no tienen en cuenta las preocupaciones de orden social en la fase de verificación de la aptitud de los licitadores o candidatos a partir de los criterios de selección, que se refieren a la capacidad económica, financiera o técnica, ni tampoco en la fase de atribución de los contratos a partir de los criterios de adjudicación, que deben

corresponder a las cualidades económicas inherentes a la prestación objeto del contrato. Por el contrario, hay que añadir que, con respecto a los contratos inferiores a los umbrales de aplicación de las Directivas, los órganos de contratación pueden incluir en los criterios de adjudicación preferencias de carácter social, siempre que se extiendan, sin discriminación alguna, a todas las entidades comunitarias que presenten las mismas características.

En este contexto, se plantea ante todo la cuestión de si es necesario aclarar, por medio de una comunicación interpretativa, las posibilidades que el derecho de contratación pública ofrece a las diversas categorías afectadas para realizar los objetivos comunitarios y nacionales de política social. Asimismo, es necesario determinar si estas posibilidades son suficientes para responder a las necesidades, o si serán necesarias otras medidas para garantizar la consecución de estos objetivos en la aplicación de las normas comunitarias sobre los contratos públicos, al tiempo que se salvaguarda una competencia leal.”

Y efectivamente, así ha sido, al menos en lo que se refiere a la necesidad de aclaración: cinco años después del Libro Verde, el 15 de octubre de 2001, se publica la *Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos* COM(2001) 566 final, a la que nos referiremos necesaria y repetidamente a lo largo de este dictamen.

II.- LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Criterios sociales a integrar en la contratación pública.

A la luz de los antecedentes y de las disposiciones citadas, podíamos definir las siguientes clases de medidas o criterios de actuación según sus objetivos en relación con los problemas sociales del desempleo y de las condiciones de trabajo:

- a) Medidas que fomenten la creación de empleo también en personas sin experiencia laboral previa o que, gozando de ella, se hallen en paro.
- b) Medidas que fomenten el empleo femenino evitando cualquier clase de discriminación por razón de sexo.
- c) Medidas que fomenten la estabilidad en el empleo.
- d) Medidas que fomenten la inserción laboral de personas con minusvalía física o psíquica y/o a la inserción social de las mismas.
- e) Medidas tendentes a la seguridad y salud en el ámbito laboral.

Como se puede observar, esta singularización de los aspectos sociales, a tener en cuenta en la contratación pública, se halla contemplada en la Agenda Social 2000, a la que se ha hecho adaptación en el Consejo de Niza de diciembre de 2000.

Dado que el PAVACE hace referencia exclusiva a los tres últimos objetivos, el presente dictamen analizará con carácter exclusivo dichas premisas, al hilo de las diferentes fases que se siguen en el procedimiento de contratación pública y teniendo en cuenta las consideraciones y pronunciamientos hechos en el ámbito de la UE y en nuestro país, por diferentes órganos consultivos.

2. Fase previa de licitación: Definición del objeto del contrato y especificaciones técnicas. Reserva de contratos.

2.1. Definición del objeto del contrato

En la Comunicación Interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, señala la Comisión en este aspecto que la primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta: “¿qué deseo construir o comprar como Administración pública?”. En esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales.

Lógicamente, son los contratos públicos de obras y servicios, que contienen prestaciones de personal relevantes y que ofrecen concretamente la oportunidad de establecer un determinado modo de ejecución, los que mejor permiten tener en cuenta intereses de tipo social relacionados con el empleo o las condiciones de trabajo.

En los contratos de suministros, donde la consideración de los aspectos sociales es más limitada, si bien incluso, en este tipo de contratos, el poder adjudicador puede decidir la adquisición de bienes destinados a satisfacer las necesidades de determinados colectivos desfavorecidos (por ejemplo, equipos informáticos adaptados a personas discapacitadas). En este caso, juega un papel muy importante la definición, en su caso, de variantes.

Por tanto, en la propia definición del objeto del contrato, pueden encontrar cabida aspectos sociales determinados que satisfagan una política nacional de integración.

Esta libertad concedida al poder adjudicador deberá llevarse a cabo, no obstante, con estricto cumplimiento de los principios generales del Derecho comunitario, referidos a la libre circulación de mercancías y servicios (artículos 287 a 30 y 43 a 55 del Tratado C.E.).

2.2. Especificaciones técnicas

Sin embargo, esta consideración no quedaría completa si no se hace referencia al instrumento que en contratación pública sirve para definir el objeto del contrato. Nos referimos a las prescripciones o especificaciones técnicas que definen pormenorizadamente el objeto del contrato.

Es posible y así expresamente lo señala el apartado 1.2 de la Comunicación de la Comisión sobre aspectos sociales en la Contratación pública: ‘sin perjuicio de las normas técnicas nacionales compatibles con el Derecho Comunitario, estas prescripciones pueden incluir requisitos relativos a la seguridad de los productos, la protección de la salud, normas de accesibilidad de personas discapacitadas en edificios o transportes públicos. Por lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo, hoy por hoy, las normas son de estricto cumplimiento y así el Derecho español contiene una profusa legislación sobre la materia, tiene sus orígenes en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Las normas de desarrollo dictadas al amparo del citado Texto abordan la materia desde los diferentes sectores o ámbitos laborales, bien por su tipología (seguridad y salud en obras, minas, buques de pesca, etc.), o bien por la exposición de los trabajadores a determinados productos (agentes biológicos, cancerígenos, etc.), o por los contratos donde el trabajador presta los servicios (establecimientos militares y otros), o por los equipos que utilizan en su actividad laboral. En otros casos, esta normativa refleja las condiciones de seguridad en casos específicos (normas tecnológicas sobre protección contra incendios, o ergonómicas) Ahora bien, como señala la Comunicación de la Comisión de fecha 15 de octubre de 2001, los poderes adjudicadores, al imponer determinadas especificaciones técnicas que definen con mayor precisión el objeto del contrato, además del pleno respeto a las Directivas y, en su caso, a la legislación nacional compatible con ellas, no deberán tener por efecto eliminar o aventajar a un licitador.

2.3 Reserva de contratos

Hay que hacer notar en un último aspecto y con relación al favorecimiento a la integración de personas con minusvalía y en general con colectivos desfavorecidos la posibilidad de lo que denominaremos “reserva de contratos”. Así la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (2002/C 203 E/31), actualmente en trámite de 2ª lectura, contempla en su art.19 esta posibilidad:

“Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o prever su ejecución en el contexto de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

Esta disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación.”

En este mismo sentido se pronuncia en nuestro país, por ejemplo, la Ley 31/2002, de 31 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Generalitat de Cataluña (DOGC de 31.12.2002), que introduce esta reserva en su art. 35.

“Título II

Medidas administrativas

Capítulo I

Medidas con relación a las finanzas y el patrimonio de la Generalidad

Sección primera

Medidas en materia de contratación

Artículo 35

Fomento de los objetivos sociales en la contratación

1. En los términos establecidos por el presente artículo, los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalidad deben reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos y a entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por las normas del Estado y la Generalidad que les sean de aplicación y que su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, tenga relación directa con el objeto del contrato.

2. Los objetos contractuales susceptibles de reserva son las obras y los servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles; los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración, de recogida y transporte de residuos, así como los servicios y los suministros auxiliares para el funcionamiento de la Administración. No obstante, por acuerdo del Gobierno puede ampliarse la reserva a otros objetos contractuales, dependiendo de la adecuación de las prestaciones a las peculiaridades de los centros y las entidades a que se refiere el presente artículo.

3. Los contratos reservados son exclusivamente los que se adjudican como contrato menor o por procedimiento negociado en razón de la cuantía económica, de acuerdo con los límites establecidos por la legislación de contratos de las administraciones públicas. Con los mismos límites cuantitativos aplicables a los procedimientos negociados, los órganos de contratación pueden no utilizar los procedimientos derivados del sistema de contratación centralizada cuando se pretenda adjudicar, mediante reserva social, alguna de las prestaciones a que se refiere el apartado 2.

4. En todo caso, los contratos reservados deben someterse al régimen jurídico establecido por la normativa vigente reguladora de la contratación pública, sin que en ningún caso pueda requerirse la constitución de garantías provisionales o definitivas.

5. Para garantizar la efectividad de lo establecido por el presente artículo, el Gobierno debe fijar al inicio de cada ejercicio un porcentaje mínimo de reserva, que debe aplicarse sobre el importe total adjudicado en el ejercicio anterior mediante contratos menores o procedimientos negociados en razón de la cuantía por cada departamento, organismo o empresa en todos sus contratos administrativos. Este porcentaje no debe superar el 20% de dicho importe.

6. Las entidades que integran la Administración local de Cataluña pueden aplicar la

reserva social establecida por el presente artículo en los términos que establezca el acuerdo correspondiente del pleno de la corporación.”

3. Exclusión del licitador por su situación personal. Prohibiciones de contratar. Problemas que plantea su aplicación práctica . Prohibiciones sobrevenidas

Las Directivas comunitarias, así como el art. 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contienen una serie de circunstancias en las que la situación personal de un candidato o licitador puede dar lugar a su exclusión de participar en cualquier un procedimiento de contratación pública, es decir, a la prohibición de contratar con dicho licitador.

En este sentido, la norma, con precedente en las Directivas citadas, determina expresamente la prohibición de contratar en los siguientes casos, por lo que al objeto del informe se refiere.

- “Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de en materia de integración laboral de minusválidos.

- Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social o en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales.

- No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine.”

La norma contractual obliga al licitador a presentar una declaración responsable de no estar incurso la empresas y sus administradores en ninguna de estas causas, sin que esta declaración pueda referirse a aspectos concretos sino a la prohibición general. Así lo ha manifestado la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en Informe 48/98 de 16 de diciembre de 199. "Posibilidad de exigencia de declaración responsable sobre contratación de minusválidos y utilización en los concursos de criterios de adjudicación que atribuyan en la valoración de la oferta de una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato".

“La exigencia de una declaración responsable sobre los trabajadores minusválidos contratados por las empresas no se ajusta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni desde el punto de vista de la prohibición de contratar prevista en su artículo 20.d), ni desde el punto de vista de la preferencia establecida en su disposición adicional octava.”

Evidentemente, para poder resolver la prohibición de contratar debe mediar el acto firme que le dé soporte en vía administrativa o judicial y a mayor abundamiento este acto debería contener mención expresa a la prohibición de contratar por el tiempo que se determine.

El problema radica en la comunicación de la resolución sancionadora, cuando ésta haya adquirido firmeza, al órgano competente correspondiente, en este caso concreto, al Ministerio de Hacienda, a través de la Junta consultiva de Contratación Administrativa. La concienciación a los órganos sancionadores de la necesidad de esta comunicación, así como de incluir en sus resoluciones expresamente la prohibición de contratar, es básica.

No empero, la administración contratante puede acudir a la llamada “prohibición de contratar sobrevenida como causa de resolución del contrato en la medida que el TRLCAP permite, además de las causas establecidas para la resolución de un contrato, un *numerus apertus* a determinar en los pliegos de cláusulas administrativas en los que cabría incluir cualquier incumplimiento del licitador en los casos indicados. Ahora bien, esta posibilidad hay que matizarla en dos sentidos:

1º.- Las consecuencias que pueden derivarse de la resolución de un contrato ante la pérdida de un cliente y por ende de los ingresos previstos por la empresa pudiera obligar a que esta adoptara medidas laborales no deseables para los trabajadores.

2º.- La comprobación del incumplimiento de las normas sociales y de seguridad y salud debe realizar el órgano competente ante las posibles deficiencias observadas, deficiencias que deberá poner en conocimiento la dirección del contrato y en todo caso la Administración contratante.

En todo caso, la prohibición sobrevenida como causa de resolución es un opción más para incluir aspectos sociales en la ejecución del contrato.

La conclusión debe ser -creemos que hay que dejarla patente- que la Administración haga un esfuerzo en la comunicación de sanciones en materia social a los órganos que pueden determinar la prohibición de contratar o apreciarlas como causa de exclusión de una licitación, así como la vigilancia por cada órgano de contratación de los incumplimientos en la fase de ejecución del contrato, dando cuenta de ello al órgano competente. Es una labor de todos si queremos afianzar al máximo las condiciones básicas de protección social en el trabajo.

4. La fase de selección de los licitadores. Medios para acreditar la capacidad o solvencia. Los criterios de selección. El compromiso de adscripción de medios personales.

Tanto la Comunicación de la Comisión como la normativa contractual específica

ofrecen algunas posibilidades de incluir cláusulas sociales en la fase de selección de los licitadores que podrán competir por la adjudicación y aplicables a cualquier procedimiento y forma de adjudicación. Así, el TRLCAP, establece claramente dicha posibilidad al referirse expresamente en sus art. 17 a 19, como medio de acreditación de la solvencia técnica, al grado de estabilidad de la plantilla sobre la base del promedio anual medio de los trabajadores de la empresa, en los últimos tres años.

Este criterio² también ha sido avalado por diferentes órganos consultivos en materia de contratación administrativa como, por ejemplo, la Junta Consultiva de la Generalitat de Cataluña, en su Recomendación 1/2001, de 5 de abril, y en el Informe 4/2001, de 23 de noviembre, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

Por su parte, la Junta Consultiva de la Comunidad de Baleares en su Informe 16/01, de 29 de noviembre de 2001, traslada las reflexiones de la Comunicación de la Comisión y, en Informe 4/02, de 27 de junio de 2002, relacionado con un Decreto de medidas de apoyo a la estabilidad y a la calidad del empleo en la contratación administrativa de la Comunidad autónoma.

Ahora bien, definir el *quantum* de estabilidad es labor de la Administración contratante en sus pliegos, a través de los criterios de selección, al que las entidades contratantes deben ceñirse (vid. Art. 15.3 del TRLCAP, modificado por ley 24/2001 de 30 de diciembre de medidas administrativas, financieras y de orden social y el art. 11 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas)

La Ley ha dejado que sea la Administración la que, en función de los indicadores y/o del objeto del contrato, determine el grado de estabilidad mediante los oportunos criterios de selección y, a mayor abundamiento, incluso en las empresas clasificadas en obras y servicios, mediante la posibilidad de requerir un compromiso de adscripción de medios personales al contrato, pudiendo exigir en este caso que los medios adscritos gocen de estabilidad laboral y, además, que entre ellos se encuentren personas con minusvalía.

Fijar este *quantum* se plantea como difícil cuestión, como señala la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en Informe 5/02, de 13 de junio de 2002. Como se verá más adelante, el tratar específicamente la posibilidad de integrar la estabilidad de la plantilla en las diversas fases de la contratación podría dar lugar a que, si la administración exige un porcentaje mínimo sin más, el licitador satisfaga ese porcentaje no mediante la creación de empleo estable, en los casos en que su plantilla sea mayormente temporal, mediante la conversión de ésta en fija de duración indefinida, sino precisamente conservando los

² En relación con otros aspectos sociales, también ha de destacarse el Informe 11/99, de 30 de junio de 1999, de la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda, sobre la “posibilidad de introducción en los Pliegos de condiciones de obras municipales de cláusulas que tengan en cuenta el índice de siniestralidad laboral en el sector de la construcción, como requisito de solvencia técnica o como criterio de adjudicación.”

empleos estables y decreciendo los temporales. Esta paradoja nos lleva a una sinergia del tipo “más vale un empleo temporal que ninguno”. Por ello apuntamos en nuestro posterior análisis no sólo la valoración del empleo estable sino también la temporal.

Sobre la base de estas observaciones y en aras a garantizar la fiabilidad de los datos aportados por el licitador a la hora de verificar este aspecto, esta Junta entiende que un medio adecuado de acreditación de la plantilla no puede ser un medio propio de la empresa sino un documento fehaciente, como es el informe de vida laboral de la empresa y el certificado del número medio ponderado de trabajadores de los tres últimos ejercicios, documento que el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige preceptivamente para poder obtener la clasificación a las empresas de obras y servicios y en los que, además de otros datos identificativos, queda clara constancia del grupo de cotización, del tipo de contrato y de las altas y bajas de trabajadores.

No parece en cambio posible que la selección del contratista pueda abarcar aspectos relacionados con el cumplimiento de las normas sobre la seguridad y salud en el trabajo, obligatorios legalmente y que deben quedar especificados en los pliegos de prescripciones técnicas. No obstante, cuando dichas normas exijan la disponibilidad de medios personales o técnicos específicos, sí que puede comprobarse su existencia tal como señala, por ejemplo, la Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, de la Junta consultiva de contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre las cláusulas que deben incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares relativas a las medidas de seguridad y salud en el trabajo: *“La exigencia de los requisitos relativos a la capacidad y solvencia de las empresas en la fase de selección, relacionados con la capacidad económica, financiera o técnica y profesional, son enumerados por las Directivas y se encuentran regulados en los artículos 16 a 19 de la LCAP.*

Tan sólo respecto de la capacidad técnica del empresario, podría considerarse la inclusión de aspectos sociales relacionados con el objeto del contrato. En este sentido podría exigirse, como medio de acreditar la citada solvencia del empresario, la determinación de las medidas y medios con que cuenta la empresa, en materia de seguridad, salud y prevención de riesgos laborales, relacionados con el objeto del contrato, como por ejemplo técnicos en prevención de riesgos laborales. “

En cuanto a la posible selección de la empresa en virtud de personal discapacitado, hemos de hacer notar que la obligación de contar con personal en las empresas deriva de la LISMI. Podremos encontrarnos con empresas que no se hallan dentro de los parámetros de la misma y, no obstante, pueden igualmente tener en su plantilla un número de personas discapacitadas. Ahora bien, el hecho de exigir como criterio de selección de las empresas este requisito debe hacerse con matizaciones. A saber:

1ª.- En función del objeto del contrato y por tanto de la adscripción de los medios personales para su ejecución. La Administración puede definir contratos que por su objeto y condiciones de ejecución puedan llevarse a cabo por personal discapacitado.

2ª.- En el caso de reserva de contratos a favor de empresas que lleven a cabo el fomento del empleo de ese personal, será requisito indispensable acreditarlo en la selección de los licitadores , puesto que precisamente es este aspecto el que se va a tener en cuenta para ello.

Finalmente, cabe hacer una observación de la jurisprudencia europea que creemos de suma importancia: tradicionalmente, los criterios que definen las características de las empresas, básicamente el criterio de experiencia, no pueden ser utilizados para evaluar las ofertas. Dicho de otro modo los medios de solvencia y sus criterios no pueden conformar los criterios de adjudicación. Así, reiteradamente, lo viene ratificando el Tribunal de Justicia de la UE (STJUE de 20 de septiembre de 1988. asunto 31/87.Gebroeders Beentjes Bv contra estado de los Países Bajos). Esta afirmación se puede resumir del siguiente modo “lo que vale para una cosa no vale para la otra”.

También, la Comisión de la UE, en escrito dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores de fecha 30 de julio de 2002, no puede ser más clara al respecto:

“Dicha institución considera contraria al derecho comunitario la inclusión entre los criterios de adjudicación los basados en la experiencia o la inclusión de criterios tales como la capacidad técnica del licitador referidas la proposición (incluidas valoraciones y cualificación del personal aportado); relaciones de medios materiales; relaciones de medios humanos(con referencia en ocasiones explícita el personal fijo) y la solvencia técnica o idoneidad del licitador.”

La Comisión recuerda la posibilidad que ofrece el nuevo apartado tercero de art. 15.1 introducido por Ley 24/2001, relativo al compromiso de adscripción de medios que deberá el licitador concretar en su candidatura u oferta.

Pues bien, estas anteriores consideraciones quedan desvirtuadas por el TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA UE (Sala Quinta) en Sentencia de 25 de febrero de 2003 en el asunto T-4/01, Renco SpA,

“Se considerarán en particular criterios preponderantes:

- la conformidad de la oferta;*
- el importe de la oferta;*
- la experiencia y capacidad del equipo permanente en materia de ejecución de prestaciones similares a las descritas en el pliego de cláusulas administrativas particulares;*
- la experiencia y capacidad técnica de la empresa;*
- la propuesta efectuada en lo que se refiere al coordinador de seguridad;*
- la calidad de los eventuales subcontratistas y proveedores propuestos;*
- la calidad técnica de los equipos y materiales propuestos;*
- las medidas propuestas para atenerse a los plazos de ejecución señalados.*

Teniendo en cuenta las características específicas del contrato de que se trata, el examen comparativo de las ofertas que debía efectuar el Consejo implicaba

necesariamente no solamente que éste verificase si los precios unitarios indicados en las ofertas eran exactos y fiables, sino también que estimase el coste total de los distintos tipos de prestaciones previstas por el contrato por un período de cinco años basándose en el tenor del contrato y en los precios indicados en las ofertas.

Se desprende de lo anterior, que el artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/37 no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de atribución aplicados por el Consejo con el objeto de identificar la oferta más ventajosa económicamente deba ser necesariamente de naturaleza cuantitativa o estar exclusivamente relacionado con los precios o las tarifas del presupuesto recapitulativo. En efecto, diversos factores que no son meramente cuantitativos pueden influir en la ejecución de las obras y, por consiguiente, en el valor económico de una oferta.

Así, la experiencia y la capacidad técnica de un licitador y de su equipo, la frecuencia en la realización de proyectos del mismo tipo que el del contrato en cuestión y la calidad de los subcontratistas propuestos son todos ellos elementos cualitativos que, en caso de no alcanzar el nivel requerido por el contrato, pueden provocar retrasos en la ejecución de las obras o que sean necesarias obras complementarias. Por consiguiente, aun cuando determinados criterios mencionados en el pliego de cláusulas administrativas particulares para evaluar la capacidad de un licitador de ejecutar las obras no se expresen en términos cuantitativos, pueden aplicarse, sin embargo, de forma objetiva y uniforme con el fin de comparar las ofertas y son claramente pertinentes para identificar la oferta más ventajosa económicamente.”

Nuestro dictamen refleja determinadas propuestas donde la aplicación de la Sentencia Renco viene a dar la razón al mismo, por cuanto la permanencia de una plantilla, junto con otros valores añadidas a la dedicación del personal estable está relacionado directamente con la ejecución del contrato y por tanto tiene una traducción en la oferta económica importante, es decir, en la evaluación de la oferta.

Ahora bien esto requiere del esfuerzo consciente de órgano de fijar en sus pliegos los criterios que permitirán seleccionar al candidato y cuyo incumplimiento determinara a exclusión y los criterios de evaluación de las ofertas ,que determinarán la adjudicación.

5.- Los aspectos sociales en la fase de evaluación de las ofertas.

5.1. La interpretación de la cuestión por la Comisión.

Ya hemos indicado anteriormente la dificultad de incluir aspectos sociales en la fase de valoración de las ofertas, máxime si previamente han sido determinantes en la fase de selección de licitadores o candidatos a la adjudicación.

La Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos,

concluye que, de acuerdo con la legislación comunitaria vigente, la adjudicación de los contratos podría tener en cuenta estos aspectos sociales en la medida que incidan en el objeto del contrato o en las condiciones de su ejecución; también, cuando representen una ventaja económica para el poder adjudicador y, siempre, como un “criterio adicional” en caso de empate de ofertas.

Esta conclusión ha sido y sigue siendo objeto de amplias controversias. En este sentido, la Comisión de la UE, pese a las reiteradas solicitudes del Parlamento en sus enmiendas a la propuesta de Directiva de coordinación de los procedimientos de contratación pública, así como de instancias directamente implicadas, como el Comité Económico y Social de la propia UE, no concluye afirmativamente con contundencia en el tema.

El apartado 1.4.1. de la Comunicación establece:

“A efectos de la adjudicación de los contratos públicos, las Directivas pertinentes permiten aplicar dos criterios diferentes, el del precio más bajo, que no requiere mayores comentarios, y el de la «oferta económicamente más ventajosa».

Las Directivas sobre contratos públicos enumeran, a modo de ejemplo, una serie de criterios en los que los poderes adjudicadores pueden basarse para determinar la oferta que resulte más ventajosa desde el punto de vista económico⁴⁵. También es posible aplicar otros criterios.

En regla general, las Directivas imponen dos condiciones a los criterios que se aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa. En primer lugar, debe observarse el principio de no discriminación⁴⁶. En segundo lugar, los criterios utilizados han de suponer una ventaja económica para el poder adjudicador. El Tribunal de Justicia ha confirmado que el objetivo de las Directivas consiste en excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por los poderes adjudicadores, 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

La característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se citan a modo de ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio.

Los criterios de adjudicación deben, por tanto, estar vinculados al objeto del contrato a sus condiciones de ejecución.

Entre los criterios que se mencionan a modo de ejemplo en las Directivas no figuran criterios sociales. Sin embargo, si por «criterios sociales» entendemos aquellos que permitan evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas, podemos considerar que éstos son aceptables, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de lo previsto en las Directivas.

Por el contrario, los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores o las preferencias de precios, por ejemplo, serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos. Lo mismo cabe decir de los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo. Estos criterios, que no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, quedan excluidos por las actuales Directivas, habida cuenta que su finalidad debe consistir en hacer posible evaluación de las cualidades intrínsecas de un producto o una prestación. Por lo demás, dichos criterios se considerarían incompatible con los compromisos adquiridos por los Estados miembros a través del Acuerdo sobre Contratación Pública celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio adquiridos por los Estados miembros a través del Acuerdo sobre Contratación pública.

Para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato.

En este contexto, cabe preguntarse si el concepto de «oferta económicamente más ventajosa» implica que cada uno de los criterios de adjudicación escogidos deberá comportar una ventaja económica en beneficio directo del poder adjudicador, o si basta con que cada uno de tales criterios pueda medirse en términos económicos, aun cuando no presente una ventaja económica directa para el poder adjudicador que se refleje en la compra considerada. la Comisión se ha pronunciado claramente en favor de la primera interpretación.

Este último inciso ha tenido una respuesta judicial contundente, favorable a que es suficiente que tan solo uno de los criterios pueda medirse en términos económicos.

5.2. La opinión de los órganos consultivos

Por su parte, los órganos consultivos en materia de contratación administrativa que se han manifestado sobre la cuestión, a excepción de la Comunidad de Madrid y la Comunidad de Navarra, consideran no acorde al ordenamiento jurídico la aplicación de cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación. Por lo menos en los informes previos a la más reciente Jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo (*STJUE de 17 de*

septiembre de 2002 asunto c-513/99, Concordia Bus Finland oy Ab)

La Junta Consultiva de la Comunidad de Baleares, en el citado Informe 4/02, de 27 de junio de 2002, dice textualmente:

“La Junta consultiva informa desfavorablemente, por ahora, la tramitación del proyecto de Decreto de Medidas en la Contratación administrativa de la CAIB de apoyo a la estabilidad y a la calidad del empleo, en atención a lo siguiente: a) La parte esencial e innovadora del mismo regulada en su artículo 2, se opone al criterio emanado de esta Junta en su informe 16/2001, conforme al cual las medidas de carácter social no tienen cabida como criterio de adjudicación de los contratos al no referirse al objeto de la prestación.”

La Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, en su Recomendación 1/2001, de 5 de abril, y el Informe 4/2001, de 23 de noviembre de 2001, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya , citados ya en este dictamen, señala, como únicamente admisible, el criterio de tener en cuenta los aspectos sociales previstos en la Ley para el desempate entre ofertas equivalentes:

“Com s’ha manifestat ja en aquest informe, gairebé tots els òrgans de contractació de l’Administració de la Generalitat, incloent-hi el sector públic, inclouen en els plecs reguladors dels contractes, els objectius socials que la mateixa LCAP preveu, fonamentalment les prescripcions contingudes en la disposició adicional vuitena.”

La Junta Consultiva del País Vasco, en su Informe de fecha 21 de diciembre de 2000, abre la posibilidad de la inclusión de cláusulas sociales en la medida que se cumplan las premisas destacadas por la Comisión, y además señala, obviamente, que no son aplicables a las subastas.

La Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda, en su Informe 48/98, de 16 de diciembre de 1998, sobre "Posibilidad de exigencia de declaración responsable sobre contratación de minusválidos y utilización en los concursos de criterios de adjudicación que atribuyan en la valoración de la oferta de una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato", se pronuncia de la forma siguiente:

“Como resumen de la normativa comunitaria constituida por la Directiva 93/37/CEE y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse

critérios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que esta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros, es decir, que no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales y que no sea difícilmente cumplible por los licitadores de otros Estados miembros.

La solvencia económica, financiera y técnica de las empresas se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley y los criterios de adjudicación en los concursos (criterio de adjudicación a la proposición más ventajosa económicamente en la terminología comunitaria) se contemplan en el artículo 87 que señala que deberán ser objetivos, figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, indicándose por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, sin que en la enumeración de criterios que a título ejemplificativo realiza (precio, fórmula de revisión, en su caso, 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) aparezca ninguno que haga referencia a características de la empresa, sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato

Por lo demás la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene un precepto significativo que viene a demostrar que cuando se quieren incluir características de la empresa entre los criterios de adjudicación del concurso se hace de manera expresa en la propia Ley y con un alcance verdaderamente limitado. Nos estamos refiriendo a la ya examinada disposición adicional octava referente a la contratación de minusválidos por la empresa licitadora cuyo criterio es posible incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, precisamente por su contemplación por la Ley, no tratándose, en realidad de un propio criterio de adjudicación sino que tiene el alcance más limitado de atribuir preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos solo en el caso de que "dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

En cuanto a los criterios de estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, de porcentaje de trabajadores con contrato indefinido y de las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato es evidente que constituyen características de las empresas que no pueden funcionar como criterios de adjudicación en el concurso, sobre todo, dado que pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías laborales de la legislación española o que se verán imposibilitados o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos.

Los criterios para la adjudicación del concurso han de ser objetivos, de tal manera que no produzcan discriminación respecto a los empresarios de los restantes Estados

miembros de la Unión Europea efecto discriminatorio que puede apreciarse en tres de los criterios señalados en el escrito de consulta.”

No se comparte de todas formas la posible discriminación que refleja este Informe en cuanto a las categorías laborales, pues la consideración de trabajador fijo, temporal o eventual derivan de la propia OIT y son perfectamente entendibles en cualquier Estado. Así, la Comisión, en el escrito dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores de fecha 20 de julio de 2002, antes citado, utiliza la expresión “personal fijo”.

Más recientemente, en su Informe 5/02, de 13 de junio de 2002. "Ámbito de aplicación de normas sobre contratación de las Comunidades Autónomas a las Universidades públicas de su ámbito territorial. Utilización de condiciones relativas al empleo de trabajadores como criterios de adjudicación de concursos", la JCCA apunta lo siguiente:

“Pronunciándose expresamente en la polémica anteriormente suscitada sobre la diferente conceptualización y aplicación de los criterios de selección de contratistas y criterios de adjudicación de los concursos la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, introduce en los artículos 17, letra d), 18 letra c) y 19 letra d), como requisito de solvencia y, por tanto, de selección de contratistas, en los contratos de obras, suministros, servicios y restantes contratos administrativos, en su caso, dice "grado de estabilidad en el empleo" del personal integrado en la empresa, mientras que para los criterios de adjudicación de los contratos por concurso el artículo 86, apartados 1 y 2 (antes artículo 87) mantiene sustancialmente, en este extremo, la redacción primitiva de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa no puede por tanto suscitarse dudas sobre el extremo de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, solo podrá ser utilizada, con las dificultades de aplicación práctica que puede suponer, la circunstancia del grado de estabilidad en el empleo como causa de selección y exclusión de contratistas que no la cumplan y no como criterio valorable para la adjudicación de concursos.”

5.3. Las disposiciones específicas adoptadas en las comunidades de Madrid y Navarra.

Sin parangón con lo anteriormente expuesto destacamos las medidas adoptadas por la Comunidad de Madrid y la Ley Foral de Navarra de Contratos. La primera, en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid, establece lo siguiente:

Artículo 2. Criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo.

1. En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, además de los criterios objetivos que se establezcan conforme a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas (la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, fue derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido 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 aquélla. Medidas en la contratación administrativa para apoyar la estabilidad y calidad del empleo .*
- 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.*

A los efectos de valoración de los criterios objetivos de empleo, en el caso de empresarios individuales se tendrá en cuenta, asimismo, su alta en el régimen especial de trabajadores autónomos.

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, el órgano de contratación, mediante resolución motivada y previo informe favorable de la Dirección General de Trabajo y Empleo de la Consejería de Economía y Empleo, podrá acordar no incluir ningún criterio relativo al empleo cuando el objeto del contrato pueda ser ejecutado por personas físicas sin trabajadores a su cargo o cuando en atención a las especiales circunstancias que concurran en un contrato resulte imposible su valoración. Dicho

informe será emitido en el plazo de quince días hábiles a contar desde el día siguiente al de la recepción de la solicitud por parte de la Dirección General de Trabajo y Empleo. Vencido el plazo sin haberse emitido el informe, se entenderá favorable.

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.

3. A 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.

Artículo 3. [...]

Artículo 4. *Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores minusválidos.*

1. En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, los órganos de contratación incluirán, entre las obligaciones del contratista una relativa al cumplimiento de la obligación de tener empleados, durante la vigencia del contrato, trabajadores minusválidos en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si ésta

alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos.

2. Las empresas o empresarios que participen en los procedimientos para la adjudicación de los contratos a que se refiere el artículo primero formularán, en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable por la que, de resultar adjudicatarios, se obligan a cumplir y a acreditar, ante el órgano de contratación, la obligación expresada en el apartado anterior, salvo que legalmente estuviesen exentos de ella.

Artículo 5. *Contratación con empresas que tengan trabajadores minusválidos.*

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.

La aprobación de esta norma³ deviene como consecuencia del 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.

Los criterios establecidos en dicho Decreto 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

³ Antes de su aprobación, fue sometida 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 19 de noviembre de 1998, el Consejo de Estado concluyó que 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 julio, asumiendo competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos. El Consejo de Estado no vio inconveniente en la fijación de los criterios de adjudicación.

contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tuviesen contratados en el momento de la presentación de las ofertas trabajadores minusválidos (siempre que iguallen 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.

No obstante 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, hallándose en estos momentos la cuestión en estado precontencioso.

Por su parte, la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, establece lo siguiente:

Artículo 62.7. " Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general, entre los criterios de adjudicación el de la situación laboral de las empresas , de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas, que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número de eventuales no superior al 10 por 100."

Artículo 62.8. " Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general, entre los criterios de adjudicación en los contratos de gestión de servicios públicos, el de integración laboral de personas con discapacidades, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas, que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número superior al 3 por 100 de la misma con gran disminución física, sorderas profundas y severas, disminución psíquica o enfermedad mental."

Disposición Adicional Decimocuarta: " La adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos requerirá por parte de las empresas adjudicatarias con más de 25 trabajadores la obligación de tener en plantilla al menos un 3 por 100 de la misma, con gran disminución física, sorderas profundas y severas, disminución psíquica o enfermedad mental".

Lo dispuesto en la norma anterior todavía ha sido reforzado por la Ley foral 16/2002, de 31 de mayo, por la que se regulan aspectos de acceso al empleo de las personas con discapacidad en la Comunidad Foral de Navarra, mediante la siguiente modificación:

Artículo segundo.- Modificación de la Ley Foral, de Contratos de las

Administraciones Públicas de Navarra.

1. Se da nueva redacción al apartado 8 del artículo 62 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, que quedará redactado como sigue:

"8. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general, entre los criterios de adjudicación en los contratos de gestión de servicios públicos el de integración laboral de personas con discapacidades, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla un porcentaje superior al 4 por 100 de la misma con una gran disminución física, sorderas profundas y severas, disminución psíquica o enfermedad mental".

2. Se da nueva redacción a la disposición adicional novena de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, que quedará redactada como sigue:

"Novena. Contratación con empresas que tengan en su plantilla trabajadores con discapacidad.

Los órganos de contratación señalarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad no inferior al 3 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación."

3. Se da nueva redacción a la disposición adicional decimocuarta de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, que quedará redactada como sigue:

"Decimocuarta. La adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos requerirá por parte de las empresas adjudicatarias con más de 25 trabajadores la obligación de tener en plantilla al menos un 4 por 100 de la misma con gran disminución física, sorderas profundas o severas, disminución psíquica o enfermedad mental."

Curiosamente y, contrario sensu, de lo ocurrido con la normativa de la Comunidad de Madrid, esta normativa foral no ha originado ningún contencioso por parte de la Comisión europea.

En materia de seguridad y salud hay que hacer referencia a que si bien y únicamente la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en informe 11/99, de 30 de junio, ha dictaminado sobre el cumplimiento de la siniestralidad de manera negativa argumentando

que los estudios básico y estudio de seguridad y salud son preceptivos y por tanto no pueden ser objeto de valoración, se destacan dos medidas adoptadas con el siguiente tenor:

La Comunidad de Madrid:

Recomendación 5/2001 de fecha 27 de diciembre, sobre las cláusulas que deben incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares relativas a las medidas de seguridad y salud en el trabajo recomienda par los concursos: *establecer entre los criterios de adjudicación, medidas de mejora para la seguridad y salud en el trabajo, en determinados contratos, siempre que estas medidas tengan relación directa con el objeto de los mismos, o sus condiciones de ejecución y que deberán ser ponderadas y valoradas en cada caso concreto.*

El Ministerio de Fomento:

*En las adjudicaciones por concurso de los contratos de obras, los conceptos tomados en consideración para la evaluación técnica de las ofertas, serán las siguientes a)....b)....c)....d)Memoria de seguridad y salud.*⁴

Con fecha 26 de diciembre de 2002, el Ministro de Fomento firma un convenio con UGT, CCOO y la Confederación Nacional de la Construcción para la mejora de las condiciones de seguridad y salud en las obras cuyo apartado **Cuarto** establece:

“Son funciones de la Comisión las siguientes:

1. ..
2. ...
3. *Promover que, en los Pliegos de Condiciones para la adjudicación de obras de los centros directivos objeto del Convenio, se resalten los aspectos propios de la Seguridad y Salud en el trabajo, a cuyo efecto planteará las sugerencias que respecto a su contenido estime conveniente.”*

5.4. Evolución de la jurisprudencia del TJUE

5.4.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988. ASUNTO 31/87.GEBROEDERS BEENTJES BV CONTRA ESTADO DE LOS PAÍSES BAJOS.

En el asunto de referencia, el TSJUE sentó por primera vez las bases de lo que sería su doctrina sobre los límites y requisitos de los criterios de adjudicación de los contratos públicos, exigiendo su compatibilidad con el Tratado de la UE y, en particular, el respeto con el principio de no discriminación. Citamos literalmente (el subrayado es nuestro):

Por lo que respecta a los criterios de adjudicación del contrato, el apartado 1 del

⁴ Clausura por el Ministro de Fomento de la Asamblea Anual de SEOPAN (2002). EL MONITOR. Revista de la Construcción. Nº 1847. Septiembre de 2002

artículo 29 prevé que los poderes adjudicadores se basarán, o bien únicamente en el precio más bajo, o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, en distintos criterios que pueden variar según el contrato, por ejemplo: el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico.

Si bien la segunda alternativa deja a los poderes adjudicadores la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente. En efecto, el apartado 4 de dicho artículo sólo admite con carácter excepcional que la adjudicación pueda basarse en criterios de naturaleza diferente en el marco de una regulación fijada para que ciertos participantes gocen de una preferencia a título de ayuda, con la condición de que la regulación invocada sea compatible con el Tratado y en particular con los artículos 92 y siguientes.

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.

5.4.2 SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2000 ASUNTO C-225/98, CONTRA FRANCIA

Más de 10 años después de la anterior y con las Directivas actuales en vigor, el TSJUE se pronunció en el contencioso de referencia, promovido por la Comisión, entre otras razones, por considerar que las autoridades francesas vulneraron el artículo 30 de la Directiva 93/37, al incluir explícitamente como criterio de adjudicación, en determinados anuncios de licitación, una condición relativa al empleo, relacionada con una acción local de lucha contra el desempleo. La Comisión reconoce que la toma en consideración de acciones vinculadas al empleo puede entenderse como condición de ejecución conforme a la jurisprudencia Beentjes (sentencia de 20 de septiembre de 1988, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 28 y 37), pero señala que, en el presente caso, esta posibilidad se calificó de criterio de adjudicación en los anuncios de licitación de que se trata.

En esta sentencia, el TSJUE desestima los anteriores argumentos de la Comisión y reitera la doctrina apuntada en el caso Beentjes, destacando las siguientes consideraciones al respecto:

49. Debe recordarse que, de conformidad con el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, los criterios en que ha de basarse el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio más bajo, bien, en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

50. No obstante, esta disposición no excluye la posibilidad de que los órganos de

contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 29).

51. Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 36).

52. En lo que atañe a la alegación formulada por la Comisión según la cual la sentencia Beentjes, antes citada, se refería a una condición de ejecución del contrato y no a un criterio de adjudicación de éste, basta con señalar que, tal como se deriva claramente del apartado 14 de la sentencia Beentjes, antes citada, la condición de contratar a parados de larga duración, sobre la que versaba dicho asunto, había servido de base para la exclusión de un licitador, por lo que sólo podía constituir un criterio de adjudicación del contrato.

53. En el caso de autos, tal como se indica en el apartado 48 de la presente sentencia, la Comisión sólo pone en entredicho la mención de tal criterio como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación. No alega que el criterio de lucha contra el desempleo no respete los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación, ni que no se haya publicado en el anuncio de licitación.

De la lectura de las dos sentencias anteriores pueden extraerse algunas conclusiones que, sin embargo, no resolverán la cuestión de una forma general:

Los criterios de adjudicación han de ser objetivos –guardar relación directa con el objeto del contrato-, deben dirigirse a identificar la oferta más ventajosa económicamente, han de ser públicos y mencionarse en el anuncio de licitación.

Los criterios de adjudicación distintos de los citados a modo de ejemplo en las Directivas son posibles, siempre que, además de ajustarse a los requisitos anteriores, sean compatibles con las restantes normas del Derecho comunitario y, en particular, con el principio de no discriminación entre los licitadores de los Estados miembros de la UE.

Para poder establecer un criterio social, como el del empleo de trabajadores en paro prologado (Beentjes), éste puede ser un criterio adicional si el contrato se dirige precisamente hacia ese objetivo y su objeto está relacionado con él.

En el caso de la sentencia de este apartado el Tribunal considera que el criterio de lucha contra el desempleo cumple las directrices de la jurisprudencia, por no haber alegado ni probado la Comisión que se hubiera producido discriminación, pero no entra en el fondo de considerar cuándo tal criterio puede ir en contra de los principios del Tratado. No obstante, rebate la interpretación “sui generis” de la Comisión, relativa a la jurisprudencia precedente, pues ésta no hace referencia a las condiciones de ejecución sino a un criterio de adjudicación. El Tribunal “reprende” la postura de la Comisión al apartarse de la jurisprudencia en el caso Beentjes, porque ni siquiera siendo un criterio adicional tal como señala el gobierno Francés estaba dispuesto a admitirla pretensión de la Comisión de vincular únicamente a las condiciones de ejecución del contrato la posibilidad de establecer cláusulas sociales. Interpretación que para nada se desprende de la citada jurisprudencia, por lo que el Tribunal rechaza las alegaciones de la Comisión.

5.4.3 SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2002 ASUNTO C-513/99, CONCORDIA BUS FINLAND OY AB

Con una motivación diferente de las anteriores, esta Sentencia fue dictada en el contencioso que mantuvieron las partes por haber valorado en una licitación de transporte urbano determinadas condiciones que incidían en una mayor protección medioambiental. En ella, el TSJUE entra igualmente a dictaminar sobre la cuestión que nos ocupa y, entre otras, efectúa las siguientes consideraciones:

53 Procede recordar, a este respecto, que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 establece que los criterios en que pueden basarse las entidades adjudicadoras para la adjudicación de los contratos pueden ser, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que variarán en función del contrato, por ejemplo, en particular, la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, el precio.

54. Para determinar si la entidad adjudicadora puede, con arreglo al mencionado artículo 36, apartado 1, letra a), tomar en consideración criterios de naturaleza ecológica y, en su caso, en qué condiciones, debe observarse, en primer lugar, que, como se desprende claramente del tenor de dicha disposición y, en particular, del uso de la expresión «por ejemplo», los criterios que pueden adoptarse como criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo.

55. En segundo lugar, el referido artículo 36, apartado 1, letra a), no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda también corroborada por el propio tenor literal de esta disposición, que alude expresamente al criterio relativo a las

características estéticas de una oferta.

57. Habida cuenta de este objetivo y también del artículo 130 R, apartado 2, párrafo primero, del Tratado CE, que el Tratado de Amsterdam ha trasladado, modificándolo ligeramente, al artículo 6 CE, y que establece que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad, procede afirmar que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 no excluye la posibilidad de que la entidad adjudicadora utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa.

64. De estas consideraciones resulta que, cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, con arreglo al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.

65. Por lo que respecta al asunto principal, procede señalar, en primer lugar, que los criterios relativos al nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno y al nivel de ruido de los autobuses, como los controvertidos en dicho asunto, deben considerarse relacionados con el objeto de un contrato relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús.

66. En segundo lugar, los criterios que consisten en la asignación de puntos adicionales a las ofertas que cumplan determinadas exigencias medioambientales específicas y objetivamente cuantificables no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección.

69. Por consiguiente, habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.

81. Se debe señalar, a este respecto, que el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las Directivas en materia de contratos

públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec. p. I-3353, apartado 33).

83. En el caso de autos ha de señalarse, en primer lugar, que, tal como se desprende de la resolución de remisión, los criterios de adjudicación de que se trata en el asunto principal eran objetivos e indistintamente aplicables a todas las ofertas. Además, dichos criterios estaban directamente relacionados con los vehículos ofrecidos e integrados en un sistema de asignación de puntos. Por último, en el marco de dicho sistema, se podían conceder puntos adicionales sobre la base de otros criterios relacionados con los vehículos, como la utilización de autobuses de plataforma baja, el número de asientos ordinarios y supletorios así como la antigüedad de los autobuses.

85. Procede, por tanto, declarar que, en un contexto fáctico de este tipo, el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato.

Del examen de esta sentencia, que contiene bastantes novedades doctrinales pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) Como en las sentencias anteriores el Tribunal reitera que los criterios que pueden adoptarse como criterios para la adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran en las Directivas con carácter exhaustivo.
- b) Cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa no debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora.
- c) Las entidades adjudicadoras pueden tener en cuenta criterios de adjudicación distintos a los enunciados en las Directivas siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación, el cual no se vulnera por el mero hecho de que sólo unas pocas empresas puedan cumplirlos.

Hemos de hacer notar que esta última sentencia establece un giro respecto a las anteriormente comentadas y a la posición de la Comisión en torno a los criterios de adjudicación en los concursos, y es bastante sintomático cómo la Comisión, en sus

alegaciones, introduce este cambio de criterio, pues alude a cualquier criterio de adjudicación siempre que esté relacionado con el objeto del contrato. Evidentemente, la reflexión realizada en la Comunicación sobre la introducción de cláusulas sociales y la Comunicación sobre la integración de aspectos medioambientales en la contratación pública, han llevado a la Comisión adoptar en sus alegatos esta nueva interpretación.

Además, el tribunal añade en esta ocasión que la selección de la oferta más ventajosa económicamente no debe necesariamente referirse a aspectos puramente económicos y en cualquier caso no debe vincular a todos los criterios sino basta que uno solo de ello cumpla esta premisa. Por lo cual, parece que la interpretación de la Comisión en la repetida Comunicación interpretativa de fecha 15 de octubre de 2001, queda parcialmente desvirtuada por la Sentencia y, al menos, añade confusión al debate porque los conceptos de pura o meramente económicos carecen de significado en el orden jurídico y son incomprensibles desde el punto de vista de la Economía.

Por otra parte, si la política medioambiental es una política comunitaria, la política social lo es asimismo; ahora bien, en este aspecto, la Sentencia Concordia es bastante tajante: ha de haber relación directa entre objeto y criterio y ha de quedar asegurada la igualdad de trato de los licitadores ante la introducción de estos criterios, que han de ser objetivos e igualmente aplicables a todas las ofertas. Así, sería claramente discriminatorio referir criterios relativos a una nacionalidad, región o país.

El tema es discutible en cuanto a la reserva de contratos a entidades que por ejemplo fomenten el empleo de parados de larga duración, o fomenten la contratación de personas con minusvalía. Ahora bien, en este caso lo que hay que tener en cuenta es que lo poderes adjudicadores no debe utilizar indiscriminadamente esta reserva, pudiendo mediante ley de medidas incluir un porcentaje razonable como ha hecho la Comunidad de Cataluña.

5.5. Ofertas incursas en desproporción o temeridad. El criterio precio.

La Comunicación de la Comisión de 15 octubre de 2001 señala, sobre las bases de las Directivas comunitarias y del Derecho nacional de cada estado miembro, en nuestro caso los art. 83 y 86 del TRLCAP y art. 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, la posibilidad de inclusión de cláusulas sociales que impidan que la baja desproporcionada se haya amparado en el incumplimiento de las normas sociales básicas, en los términos siguientes:

“En aquellos Estados miembros que hayan adoptado las oportunas disposiciones a tal fin, los poderes adjudicadores podrán, no obstante, verse obligados a rechazar las ofertas anormalmente bajas debido al incumplimiento de normas en materia de empleo o de Derecho laboral, por ejemplo.

Atendiendo a la situación actual de las Directivas, es posible tomar en consideración aspectos tales como el incumplimiento de las normas sobre seguridad o empleo para rechazar una oferta anormalmente baja con respecto a la prestación. De

acuerdo con el planteamiento general de las Directivas, las condiciones prácticas en las que ha de realizarse tal verificación dependen del Derecho nacional, entendiéndose, no obstante, que esa verificación debe ser siempre contradictoria.”

En esta línea, la Comisión en su Comunicación *“Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)*, de fecha 11 de marzo de 2002, Documento (COM) 2002 118 final, señala:

“En la ejecución de los contratos públicos adjudicados en el marco de procedimientos de licitación debe respetarse escrupulosamente toda la reglamentación vinculante en materia de salud y seguridad en el trabajo. Las ofertas presentadas por licitadores que no tengan en cuenta las obligaciones en materia de protección y condiciones de trabajo indicadas por el órgano de contratación en el pliego de condiciones podrían considerarse no conformes o parecer anormalmente bajas en relación con la prestación en cuestión y podrían, por consiguiente, ser rechazadas. Los interlocutores sociales en los sectores de la limpieza y los servicios privados de seguridad han abordado la cuestión del respeto de las normas en materia de salud y seguridad”

En este punto, se quiere hacer notar que en cualquier caso esta aplicación no sólo podría extenderse a la baja incurrida en temeridad, sino a cualquier baja ofertada en el precio. Para ello los pliegos deben contener mención expresa de que el licitador, al ofertar el precio, no deberá en ningún caso efectuar la proposición u oferta económica incumpliendo los convenios colectivos vigentes en materia salarial y, en el caso específico de las obras, donde el presupuesto de seguridad y salud es capítulo independiente, el licitador, además, deberá no ofertar su proposición u oferta económica reduciendo del presupuesto de seguridad y salud.

Además, debe tenerse en cuenta la dificultad que entraña para los órganos de contratación la aplicación de cláusulas sociales de este tipo en el sistema de revisión de precios pactados, pues puede ocurrir que desde la adjudicación del contrato hasta su conclusión se haya producido la suscripción de nuevos convenios colectivos, lo que obliga al contratista como empresario. En este sentido, cabe aplicar formulas de revisión de precio en función del aumento experimentado en el convenio colectivo vigente , lo cual no contradice el art. 103 del Texto Refundido de la ley de contratos de las Administraciones públicas. Evidentemente el principio de riesgo y ventura obliga al contratista a asumir este aspecto. No obstante, si de lo que se trata es de que la Administración establezca cláusulas sociales, esta fórmula es perfectamente admisible.

Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda en Informe 38/00, de 21 de diciembre de 2000, "Revisión del precio de un contrato como consecuencia de los incrementos de costes de personal derivados de un convenio", señala:

Los contratos obligan a las partes a lo expresamente pactado y si en este caso concreto se pactó un precio y una concreta fórmula de revisión de precios no puede pretenderse emplear otra distinta (el coste de la mano de obra resultante del convenio

colectivo), porque en realidad lo que se esté suscitando es la improcedencia de haber pactado el Índice de precios al consumo, lo que no resulta procedente enjuiciar en este momento dado que fue aceptado expresamente por el contratista al concurrir a la adjudicación del contrato y conocer sus condiciones que necesariamente, y así se afirma, se tuvieron que incorporar al pliego de cláusulas administrativas particulares.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su primitiva versión y en la resultante de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, incorporada al Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, contiene normas concretas relativas al precio cierto de los contratos, a las fórmulas de revisión de precios y, sobre todo, al principio de riesgo y ventura que, con carácter general para todos los contratos aparece consagrado en el artículo 98 del Texto Refundido, que impide apreciar que al margen de estos preceptos puedan aparecer obligaciones económicas en la ejecución del contrato que deba asumir la Administración frente al contratista.

En definitiva, como ya hiciera en un anterior informe de 1999, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sostiene que las variaciones de precio por incremento de los costes de personal, sólo pueden tener reflejo en el precio del contrato a través de las correspondientes fórmulas de revisión de precios en los que se haya tomado en consideración tal componente.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en el contrato en el que la fórmula de revisión se basa en el Índice de precios al consumo, no procede practicar dicha revisión como consecuencia de incrementos de costes de personal derivadas de la aplicación de un convenio colectivo.

Quizá esta conclusión, entendemos, es tajante, por cuanto el respeto a la normativa laboral vigente en materia salarial (salario mínimo y convenio sectoriales) puede dar lugar a que la Administración establezca en sus pliegos otras vías, que no únicamente la revisión, para obligar al contratista al cumplimiento de la misma, como se ha visto anteriormente. Además, esta última pauta es de aplicación general a toda forma de adjudicación (concurso y subasta) y al procedimiento negociado.

6. Ejecución del contrato

6.1. Obligaciones laborales durante la ejecución

En esta fase de la contratación las entidades adjudicadoras gozan de diversas oportunidades de incluir cláusulas sociales, evidentemente siempre que no atenten al derecho comunitario si produzcan discriminación. La Comisión, en su repetidamente citada Comunicación interpretativa, incluso señala algunos ejemplos clarificadores:

- *la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizarla prestación;*

- *la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica*
- *la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional.*
- *la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.*

Ahora bien, si ello es factible en todo tipo de contratos hay que hacer notar que la Comisión no duda en afirmar que, *“resulta más difícil imaginar cláusulas contractuales referidas al modo de ejecución cuando se trata de contratos de suministros, dado que el imponer cláusulas que requieran una adaptación de la organización, la estructura o la política de una empresa establecida en el territorio de otro Estado miembro podría suponer una discriminación o constituir una restricción injustificada de los intercambios.”*

Los Órganos consultivos de diversas Comunidades autónomas se han pronunciado favorablemente a esta inclusión en los siguientes informes ya citados:

- Junta consultiva de la Comunidad de Baleares. Informe 16/01, de 29 de noviembre de 2001 de la Junta consultiva Baleares traslada las reflexiones de la Comunicación de la Comisión.
- Junta Consultiva de Cataluña: Recomendación 1/2001, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, y el Informe 4/2001, de 23 de noviembre de 2001, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, que dice textualmente:

Com s’ha manifestat ja en aquest informe, gairebé tots els òrgans de contractació de l’Administració de la Generalitat, incloent-hi el sector públic, inclouen en els plecs reguladors dels contractes, els objectius socials que la mateixa LCAP preveu, fonamentalment les prescripcions contingudes en la disposició addicional vuitena.

Tanmateix, a l’efecte de donar referència de determinats departaments i entitats públiques que han incorporat en els contractes que adjudiquen previsions referides a clàusules socials, el Departament de Política Territorial i Obres Públiques inclou, en el plec tipus del contracte d’obres, la clàusula següent, que reproduïm literalment:

“16. Obligacions del contractista

16.1 Obligacions laborals i socials

El contractista està obligat a l’acompliment de les disposicions vigents en matèria laboral, de seguretat social, i de seguretat i higiene en el treball.

El 50% del personal de nova contractació per a l’execució de l’obra del present contracte, hauran d’ésser treballadors en situació d’atur i no subsidiats. Aquest requisit s’haurà de justificar davant l’INEM.

L’esmentat personal residirà en els termes municipals afectats per l’obra o en la zona

d'immediata influència. La Generalitat de Catalunya mitjançant la Direcció General d'Ocupació del Departament de Treball, podrà sol·licitar de l'empresa adjudicatària la informació necessària per tal d'avaluar l'aplicació i resultats del que disposa el paràgraf anterior."

Al marge de les experiències concretes que s'han esmentat, del conjunt de valoracions expressades en aquest informe es dedueix clarament que l'articulació de les clàusules socials (en la significació que s'ha donat en aquest escrit) és perfectament viable considerada com a condició d'execució contractual i absolutament respectuosa amb l'estat actual de la regulació jurídica comunitària i estatal de la contractació pública, que té caràcter bàsic per a totes les administracions públiques a l'Estat espanyol.

- Junta consultiva del País Vasco: Informe de 21 de diciembre de 2000, sobre una propuesta del Parlamento Vasco relativa a la inclusión de cláusulas de contenido social en las adjudicaciones públicas que valoren los compromisos de contratación de las empresas adjudicatarias a personas acogidas a los planes de lucha contra la pobreza. En éste, concluye el citado órgano: “[...] con posibilidad de aplicarse a cualquier tipo de procedimiento (subasta, concurso y negociado) podría establecerse en los pliegos, como condición de ejecución (el subrayado es literal), la obligación del adjudicatario de adoptar medidas de carácter social en la ejecución del contrato, siempre que se respeten los principios fundamentales del Derecho comunitario, y en particular, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.”

6.2. Obligaciones en materia social

La obligación del contratista al cumplimiento de sus obligaciones en materia social, sanitaria, de seguridad y salud deben incorporarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, El Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas establece la posibilidad de que la entidad contratante establezca en sus pliegos las autoridades ante quienes los licitadores deberán dirigirse a los efectos de conocer la normativa en estas materias. Esta Junta estima necesario que tal información se dé a los licitadores y que conste claramente especificado en el pliego el órgano de la Generalitat que tiene asignadas estas competencias, hecho que es aplicado con carácter general por la Generalitat. No obstante, se insiste en ello y en que no está de más hacer un recordatorio al licitador en este sentido cuando hace uso de la posibilidad de subcontratación, atendiendo así también a las reiteradas observaciones que las distintas organizaciones sindicales han hecho en cuanto a las empresas subcontratadas.

También en esta ocasión, la Comisión ha señalado claramente y es principio general que cualquier disposición que se establezca en esta materia en la ejecución del contrato no debe suponer en ningún caso una discriminación para los licitadores, básicamente a la libertad prestación de servicios.

En este aspecto, el TSJUE se manifestó en el Asunto c-369/96 y C-397/96 Arblade y Leloup. Las cuestiones se suscitaron en el marco de dos procedimientos penales seguidos

contra el Sr. Jean-Claude Arblade, como gerente de la sociedad francesa Arblade & Fils SARL, y contra la propia Arblade & Fils SARL, como responsable civil (en lo sucesivo, conjuntamente, «Arblade») (C-369/96), por una parte, y los Sres. Serge y Bernard Leloup, como gerentes de la sociedad francesa Sofrage SARL, y contra la propia Sofrage SARL, como responsable civil (en lo sucesivo, conjuntamente, «Leloup») (C-376/96), por otra, por haber incumplido varias obligaciones previstas en la legislación social belga y sancionadas por leyes de policía y de seguridad belgas.

Por el Tribunal nacional que enjuiciaba la causa se consideró que era necesaria la interpretación del Derecho comunitario con respecto a ambos asuntos, el Tribunal correctionnel de Huy acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, en el asunto C-369/96, las siguientes cuestiones:

¿Deben interpretarse los artículos 59 y 60 del Tratado en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro imponga las obligaciones que se indican a continuación a una empresa, establecida en otro Estado miembro, y que realiza temporalmente obras en su territorio, teniendo en cuenta que esa empresa ya está sujeta, en el Estado de establecimiento, a unas obligaciones, si no idénticas, por lo menos comparables por su finalidad, en relación con los mismos trabajadores y durante los mismos períodos de actividad?:

- a) Conservar los documentos exigidos por la legislación social (libro de matrícula y cuenta individual de cada trabajador) en el domicilio belga de una persona física, que los guardará en su poder como mandatario o encargado.*
- b) Pagar a sus trabajadores el salario mínimo fijado en un convenio colectivo de trabajo.*
- c) Llevar un libro de matrícula especial del personal.*
- d) Entregar una ficha individual de identificación a cada trabajador.*
- e) Nombrar un mandatario o encargado de llevar las cuentas individuales de los trabajadores.*
- f) Ingresar, para cada trabajador, las cotizaciones al sistema de cupones destinado a completar el salario los días en que el mal tiempo impide el normal desarrollo del trabajo (timbres-intempéries) y las cotizaciones en concepto de prima de fidelidad (timbres-fidélité).*

Aun a falta de armonización en la materia, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido

La aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia

figura la protección de los trabajadores.

Las consideraciones de orden meramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro establezca excepciones a las normas de Derecho comunitario, máxime cuando la referida excepción equivalga a excluir o restringir el ejercicio de una de las libertades fundamentales del Derecho comunitario. No obstante, las razones imperiosas de interés general que justifican las disposiciones sustantivas de una normativa pueden también justificar las medidas de inspección necesarias para garantizar su cumplimiento.

En este contexto procede examinar las distintas obligaciones mencionadas en las cuestiones prejudiciales en el siguiente orden:

- el pago del salario mínimo,
- la cotización a los regímenes de «timbres de mal tiempo» y de «timbres de fidelidad», así como la elaboración de las fichas individuales,
- la llevanza de los documentos previstos en la legislación social, y
- la conservación de los documentos previstos en la legislación social.

Sobre el pago del salario mínimo:

Las disposiciones de la legislación o de los convenios colectivos de trabajo de un Estado miembro que garantizan un salario mínimo pueden, en principio, aplicarse a los empresarios que presten servicios en el territorio de ese Estado, cualquiera que sea su país de establecimiento. No obstante, para que la infracción de dichas disposiciones justifique la incoación de diligencias penales contra un empresario establecido en otro Estado miembro, es necesario que sean suficientemente precisas y accesibles para evitar que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil que tal empresario conozca las obligaciones que debe cumplir.

Sobre el pago de cotizaciones patronales en el Estado miembro donde realiza la prestación:

Una normativa nacional que obligue al empresario que actúe como prestador de servicios en el sentido del Tratado, a pagar cotizaciones patronales al Fondo del Estado miembro de acogida, además de las cotizaciones que ya haya pagado al Fondo del Estado miembro en el que esté establecido, constituye una restricción a la libre prestación de servicios. En efecto, tal obligación lleva consigo gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro, por lo que éstas no se encuentran en igualdad de condiciones con sus competidores establecidos en el Estado miembro de acogida, lo que las puede disuadir de prestar servicios en este Estado miembro. Si los trabajadores del referido empresario, que realizan obras temporalmente en el Estado miembro de acogida disfrutan de la misma protección, o de una protección esencialmente similar, en virtud de obligaciones a las que ya está sujeto el empresario en su Estado miembro de establecimiento, no puede justificarse una obligación impuesta al prestador de servicios de pagar cotizaciones patronales al Fondo del Estado miembro de acogida en el caso de que tales cotizaciones no den derecho a ninguna ventaja social a los

trabajadores de que se trate.

Sólo podría estar justificado el pago de las cotizaciones patronales al Fondo del Estado miembro de acogida en el caso de que garantizaran a los trabajadores una ventaja que pudiera depararles una verdadera protección adicional, de la que no gozarían en caso de no pagarse aquéllas, y ello únicamente en el caso de que estas mismas cotizaciones fueran exigidas a todo prestador de servicios que desarrollara su actividad en el territorio nacional en el sector interesado

En relación con la obligación de adoptar un reglamento interno de trabajo y de llevar un libro de matrícula especial del personal y, para cada trabajador desplazado:

Se hacen las mismas consideraciones anteriormente expuestas.

Sobre si un Estado miembro puede obligar a una empresa establecida en otro Estado a tener disponibles, durante el período de actividad en el territorio del primer Estado miembro, los documentos previstos en las legislaciones social y laboral:

Los artículos 59 y 60 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice temporalmente obras en el primer Estado a tener disponibles, durante el período de actividad en el territorio del primer Estado miembro, los documentos previstos en las legislaciones social y laboral a pie de obra o en otro lugar accesible y claramente identificado del territorio de ese Estado, siempre que tal medida sea necesaria para permitirle comprobar el cumplimiento efectivo de su normativa justificada por la salvaguardia de la protección social de los trabajadores.

6.3. Imposición de penalidades y causas de resolución del contrato

El art. 95.3 del Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas establece “El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.”

Este artículo se incluye bajo la rúbrica “demora en la ejecución”, por lo que hay que hacer la siguiente reflexión: estas penalidades distintas a que alude el texto legal sólo viene referidas a los casos de demora en la ejecución, pudiendo el órgano de contratación establecer solamente y en este caso otro tipo de penalidades económicas distintas a las establecidas ex lege?

En caso afirmativo, el propio contenido del articulado no daría pie a que por vía de penalidad se pudieran establecer incumplimientos derivados de la ejecución sobre las bases de cláusulas sociales establecidas en el pliego.

La limitación impuesta a las penalidades únicamente en caso de demora parece

también reflejarse en el Reglamento general de contratos de las Administraciones públicas, pues en su artículo 98 relativo a la prórroga del plazo en los supuestos de imposición de penalidades establece :

“Cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato.”

En cuanto a las causas de resolución del contrato, ya hemos visto como el art. 110 del Texto Refundido contiene un *numerus apertus* en el cual, y con el cuidado que merece por nuestra parte esta reflexión, pueden establecerse causas por incumplimiento de las prescripciones sociales contenidas en el pliego en cuanto a la ejecución del contrato, incluyendo entre ellas las prohibiciones sobrevenidas a las que se ha hecho referencia en el presente dictamen apartado II.3.

III ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1. El concepto de estabilidad en el empleo.

Pese a la común utilización de la expresión *estabilidad en el empleo* en el campo de las ciencias sociales o de la actividad política y sindical, no resulta nada fácil establecer una definición de la misma con límites precisos que permitan la aplicación práctica de medidas que la favorezcan en la contratación administrativa, de forma compatible con el ordenamiento jurídico y, sobre todo, con la seguridad de que se está contribuyendo a dicha finalidad.

Indagando el significado que dicha expresión resume desde el punto de vista económico o político encontramos que se trata tanto de un objetivo con el que se persigue conseguir una permanencia en la situación de empleo de la población activa ocupada, como de favorecer la reinserción laboral de las personas que pierdan su empleo. Dicho objetivo, además, nunca va sólo en las políticas de fomento del empleo desarrolladas por los gobiernos de uno y otro signo en los países de la UE, y siempre va acompañado de los que tienen por finalidad favorecer el acceso al trabajo de los desempleados en general y, especialmente, de los jóvenes, de las personas que buscan su primer empleo o de las que pertenecen a colectivos o sectores sociales con más dificultad de acceso al mundo laboral. Desde el anterior punto de vista, lo relevante es el mantenimiento de la situación de empleo de la población ocupada y el crecimiento de las oportunidades de trabajo de la que se encuentra en situación de paro o busca un empleo, bien sea por primera vez o para cambiar o mejorar el que tiene. Es decir, no se trata de que las personas tengan un trabajo para siempre, sino de que puedan tener o encontrar siempre trabajo y que éste sea acorde a su capacidad y cualificación.

En el ámbito laboral, sin embargo, la estabilidad en el empleo se entiende también en relación con las condiciones laborales de los trabajadores asalariados por cuenta ajena y, en particular, con la duración de su contrato de trabajo, e indirectamente con los derechos económicos del trabajador, entre los que hay que recordar, por su importancia, los derechos a las prestaciones sociales en caso de desempleo, jubilación u otros. En este contexto, la estabilidad laboral que se reclama por las organizaciones representativas de dichos trabajadores se traduce en el objetivo de conseguir una mayor duración de los contratos laborales ofertados por las empresas y, consecuentemente, por decirlo sin dobleces, de evitar el abuso de la contratación temporal de corta duración o en condiciones precarias, objetivo en el que han coincidido el Gobierno Valenciano y los agentes sociales en el PAVACE y al que también contribuyen las medidas de fomento del empleo estable adoptadas por el Gobierno central en los últimos años.

Como conclusión de este aspecto hay que decir que ambos enfoques han de conjugarse y, a su vez, hacerse compatibles con la ineludible necesidad de las empresas de adaptar sus plantillas de trabajadores a las necesidades de producción o a las exigencias de competitividad y productividad que impone la libre concurrencia y el progreso técnico. Por ello, para contribuir al objetivo anterior, resulta clave determinar cuándo se produce ese abuso en el recurso a la contratación temporal o precaria, por no encontrarse justificada por las circunstancias o necesidades objetivas de las empresas, tanto en el corto como en el medio o largo plazo. Como veremos, esto no resulta nada fácil estimarlo en el marco de un procedimiento administrativo de contratación.

2. Tipología de la contratación laboral por cuenta ajena.

De acuerdo con las normas vigentes en materia laboral existen tres clases de contratos laborales de trabajadores en función de su duración:

- a) Los contratos de duración indefinida, entre los que se incluyen actualmente los contratos de trabajadores fijos discontinuos, que en ambos casos se encuentran incentivados por las medidas de fomento del empleo estable aprobadas por el Gobierno en los últimos años, particularmente, cuando se producen por transformación de un contrato temporal en indefinido y también cuando se trata de la contratación de personas con dificultades de inserción laboral (jóvenes, mayores de 45 años, minusválidos, ...).
- b) Los contratos temporales o de duración determinada, casi siempre inferior a un año, que incluyen tanto los contratos que tienen por finalidad la realización de una obra o servicio determinado, como los de interinidad para cubrir vacantes temporales o necesidades eventuales, los contratos en prácticas y los de formación, los de jubilación parcial y los de relevo. Hay que destacar que también en este caso hay contratos que se encuentran incentivados por las medidas de fomento del empleo estable, cuando se trata de personas pertenecientes a algunos colectivos con

dificultades de inserción laboral.

Además de por su duración, los anteriores contratos pueden subdividirse a su vez en dos grupos en función de la dedicación contratada al trabajador: los contratos *a tiempo completo* y los contratos *a tiempo parcial*, según que su dedicación sea inferior o no a la estipulada en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, a la máxima prevista en la legislación.

En principio, cabe presuponer que sólo los contratos de duración indefinida son representativos del empleo estable, independientemente de que sean a tiempo completo, a tiempo parcial o fijos discontinuos. No obstante, ha de tenerse en cuenta, como ya hemos indicado anteriormente, que determinados contratos de carácter temporal se encuentran incentivados por las medidas de fomento del empleo, con objeto de facilitar la inserción laboral de personas desempleadas y con dificultades de encontrar o mantener un empleo, como un primer paso hacia la estabilidad o como medio de fomentar un empleo que no podría darse de otra forma en condiciones de competencia.

3. Posibles incidencias de la estabilidad laboral en la contratación pública

Mediante la contratación pública, la Administración ha de adquirir bienes o prestaciones necesarios para el ejercicio de sus funciones, debiendo para ello seleccionar una empresa que, no estando incurso en causas de prohibición de contratar, sea suficientemente solvente para efectuar tales prestaciones y que, en condiciones de publicidad y concurrencia, haya presentado la oferta o proposición económicamente más ventajosa, ajustándose a las condiciones establecidas por la Administración para tales bienes o prestaciones.

De acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, una vez concluidas las actuaciones preparatorias, establecidas las condiciones del contrato y efectuada la licitación, en los procedimientos que se siguen han de alcanzarse, con carácter general y técnicamente, tres objetivos:

- a) La selección de las empresas que, habiendo concurrido a la licitación, reúnen los requisitos de capacidad y solvencia económico-financiera y técnica o profesional para las prestaciones objeto del contrato.
- b) La determinación de la oferta económicamente más ventajosa en relación con el objeto del contrato, entendiéndose por tal la que ofrece la mejor relación entre la calidad o rentabilidad de su proposición y el precio ofertado, siempre que no se consideren equivalentes u homogéneas las condiciones de calidad de las distintas ofertas, en cuyo caso, como sucede en la subasta, simplemente será la de precio más bajo.
- c) La ejecución del contrato conforme a las condiciones pactadas y el cumplimiento

de las obligaciones y compromisos, de toda índole, adquiridos por las partes y, en particular, por el contratista.

En ese contexto, trataremos de analizar a continuación en qué medida la estabilidad laboral es relevante para la consecución de tales objetivos y, en su caso, de qué forma práctica pueden aplicarse criterios que la tengan en cuenta en las distintas fases de la contratación pública, bien porque pueda considerarse un factor significativo de la solvencia técnica o profesional, bien porque pueda serlo de la calidad de las prestaciones ofertadas o efectuadas por las empresas y, por tanto, de mayores o menores ventajas económicas, o bien porque se estime conveniente para el interés general establecer obligaciones de estabilidad laboral durante la ejecución de los contratos públicos

4. Relaciones entre estabilidad laboral y capacidad y solvencia de las empresas

Los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecen los medios con los que las empresas podrán acreditar su solvencia técnica o profesional, cuando concurran a una licitación pública, según se trate de contratos de obras, de suministros o de otro tipo de contratos, respectivamente.

Antes que nada, es necesario recordar e insistir que dichas normas se limitan a indicar los medios utilizables sin acompañarlos de ningún criterio general o particular adicional que, basándose en aquellos, determine cuándo una empresa puede considerarse solvente desde el punto de vista técnico o profesional, así como tampoco desde el económico o financiero. Esta determinación corresponde hacerla al órgano de contratación para cada contrato que se licite, estableciendo tales criterios de forma acorde con el objeto y las características del mismo. Así se dispone en artículo 11 del Reglamento General de la Ley (aprobado por Real Decreto 1098/2001), estableciendo que, en los contratos en los que no es exigible la previa clasificación de las empresas licitadoras, el órgano de contratación fijará en el pliego de cláusulas administrativas particulares la referencia a los criterios que basados en los medios previstos en la Ley, se aplicarán para determinar la selección de las empresas que podrán acceder a la adjudicación del contrato. Igualmente, la citada norma establece también dicha posibilidad en aquellas licitaciones en las que se exige la clasificación empresarial de los licitadores -lo cual significa que las empresas ya han acreditado previamente y con carácter general su solvencia en la actividad objeto de contratación-, si bien en este último caso exige que se utilice el procedimiento restringido por ser el que resulta coherente con dichas condiciones de licitación. Al respecto, y para evitar los malentendidos que en ocasiones inducen los términos utilizados, hay que decir que el procedimiento que nuestra legislación denomina procedimiento restringido se encuentra tan abierto a la concurrencia como el que se denomina procedimiento abierto, máxime si en la licitación se exige la clasificación.

Como es lógico, entre los medios previstos por la Ley para acreditar la solvencia técnica y profesional de la empresa se encuentran, junto a los que informan de la experiencia empresarial y de sus bienes de equipo, los que lo hacen de los recursos

humanos de los que la empresa dispone y, en especial, de los que pone a disposición de la Administración para ejecutar los trabajos o prestaciones objeto de contratación.

Para acreditar la solvencia técnica o profesional de una empresa en los contratos de obras, el artículo 17 de la Ley establece como medios que se consideran significativos de la misma los siguientes:

- Los títulos académicos y experiencia del empresario y de los cuadros de la empresa y, en particular, del o de los responsables de obras. (art.17-a)
- Los efectivos personales medios anuales de la empresa, *su grado de estabilidad* y la importancia de su equipo directivo, todo ello referido a los últimos tres años. (art. 17-d).
- Los técnicos o las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que disponga para ejecutar las obras. (art. 17-e)

Análogamente, el artículo 18 establece, para los contratos de suministros, los siguientes:

- Los técnicos o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente de aquellos encargados del control de calidad, así como, en su caso, grado de estabilidad en el empleo del personal integrado en la empresa.(art.18-c)
- El equipo técnico y los medios de estudio e investigación de la empresa, junto a las medidas empleadas para asegurar la calidad.

Por último, el artículo 19, a diferencia de los dos preceptos anteriores, comienza diciendo que en los demás contratos regulados en esta Ley (servicios, consultoría y asistencia, gestión de servicios públicos y especiales) *“la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad”*, y a continuación añade que todo ello podrá acreditarse por uno o varios de los medios que se relacionan, entre los que se encuentran los siguientes:

- Las titulaciones académicas y profesionales de los empresarios y del personal de dirección de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.
- El equipo técnico y unidades técnicas participantes en el contrato, estén o no ambos integrados directamente (sic) en la empresa del contratista, y especialmente los responsables del control de calidad.
- El promedio anual de personal, su grado de estabilidad en el empleo y la plantilla del personal directivo durante los últimos tres años.
- Cuando se trate de servicios complejos o que respondan a un fin especial, también podrán ser relevantes para acreditar la solvencia técnica, los medios de estudio e investigación de que disponga la empresa.

De lo expuesto, puede concluirse que, de acuerdo con la Ley y a excepción del

contrato de suministro, pueden considerarse factores comunes significativamente representativos de la solvencia técnica o profesional de una empresa las siguientes circunstancias en materia de personal:

- a) La titulación académica o profesional del empresario individual o, en el supuesto de sociedades, de los administradores y personal directivo de la empresa.
- b) La titulación académica y profesional del personal técnicamente responsable de la ejecución de los trabajos o prestaciones objeto de contratación.
- c) Los *técnicos* de que disponga la empresa para la ejecución de los trabajos, estén o no integrados en la empresa. En este caso, la Ley no limita qué circunstancia es significativa y, por tanto, puede referirse tanto a su número como a su cualificación académica o profesional
- d) El volumen medio y el grado de estabilidad de los trabajadores empleados por la empresa en su pasado más reciente (últimos tres años).

En el supuesto de contratos de suministro, el artículo 18 de la LCAP no incluye las circunstancias expresadas en los apartados a), b) y d) anteriores.

Complementariamente, en todo tipo de contratos, excepto en los de obras, la Ley también prevé la posibilidad de requerir otros recursos de personal, cuando sean significativos de la solvencia técnica necesaria, como son los que se dediquen a tareas de estudio o investigación o al control de calidad.

En consecuencia, de lo establecido en los mencionados preceptos en el TRLCAP y en el artículo 11 de su Reglamento resulta evidente que, para todo contrato, *el órgano de contratación debe determinar si, para la ejecución del contrato, se precisa de recursos humanos con una cualificación específica (técnicos y responsables de los trabajos) que deban intervenir de forma significativa en su ejecución y, en caso afirmativo, establecer en el Pliego los mínimos que las empresas licitadores deberán acreditar disponer para la ejecución del contrato o, lo que es lo mismo, los mínimos de personal técnico con los que la empresa deberá tener una relación laboral estable u otra relación jurídica cuyo plazo de vigencia sea igual o superior al de la duración del contrato.* Todo ello, por supuesto, sin perjuicio del derecho de empresarios, profesionales y trabajadores a rescindir o modificar sus relaciones contractuales, y de la obligación del empresario de sustituir cualquier baja en el equipo técnico necesario para la ejecución por otra persona con igual o mejor cualificación que la que causa baja.

Una conclusión análoga puede extraerse de lo que se refiere al conjunto del personal de la empresa, si bien en este caso la Ley no permite que se aplique de forma nominal o personal, como sucede en el caso anterior con los técnicos responsables de los trabajos contratados, sino que se refiere a la *posibilidad de establecer, como criterio de solvencia técnica y excepto en el contrato de suministro, el requisito de que las empresas licitadoras acrediten un mínimo número medio de trabajadores empleados en su pasado más reciente (últimos tres años) y, en su caso, un mínimo grado de estabilidad de su plantilla de*

trabajadores. Ello puede hacerlo el órgano de contratación, estableciéndolo previa y necesariamente en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre que el cumplimiento de dicho requisito se considere significativamente representativo de la capacidad técnica necesaria para ejecutar el contrato.

En resumen, la legislación de Contratos de la Administraciones Públicas prevé, en relación con la estabilidad laboral exigible a las empresas que desean concurrir a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dos tipos de criterios de selección:

- a) La disponibilidad del personal técnico necesario, responsable o encargado de la realización material de los trabajos o prestaciones objeto del contrato, sin cuya concurrencia o participación no puede una empresa considerarse técnicamente solvente para el mismo, por las condiciones de cualificación académica o profesional o de experiencia que se precisan para su ejecución. Este personal constituye el núcleo sobre el que descansa la capacidad técnica que la empresa pone a disposición de la Administración y, por tanto, es el grupo del que es exigible no sólo una mayor estabilidad de su relación laboral o jurídica, sino incluso un compromiso de la empresa de que hará lo posible por mantenerlo nominalmente durante la ejecución del contrato.
- b) La dimensión de la plantilla de trabajadores de la empresa, en su *pasado* más reciente, representada por su número medio de efectivos en los tres últimos años, de los cuales podrá exigirse un grado de estabilidad laboral mínimo en función de las características del contrato y lo significativo de dichas circunstancias en la solvencia o capacidad técnica de las empresas para ejecutarlo.

El primero de los criterios anteriores no ofrece grandes dificultades de aplicación práctica, una vez determinados cuáles son los técnicos que deben participar en la ejecución del contrato, su titulación o experiencia y su número mínimo. En el caso de que sean personal laboral de la empresa, puede exigirse que estén contratados por tiempo indefinido o, en su defecto, por duración igual o superior a la del contrato. La comprobación de dichos extremos puede efectuarse mediante la acreditación de las titulaciones y el informe laboral que expide habitualmente y con mucha celeridad la Administración de la Seguridad Social, y en el que constan los tipos de contrato, las fechas de alta y el grupo de cotización al que deben estar adscritos si han sido contratados como personal técnico.

Más difícil resulta, en cambio, la aplicación del segundo de los criterios sin incurrir en arbitrariedades o producir efectos perversos, es decir, efectos no deseados y contrarios tanto al objetivo de seleccionar empresas realmente solventes como al objetivo de contribuir a la estabilidad laboral de los trabajadores.

Como hemos indicado, el segundo criterio se refiere a los efectivos personales de la empresa en el último trienio anterior al de la licitación del contrato, es decir, a los recursos humanos empleados por la empresa en el pasado, por muy reciente que éste sea, pero no a los que está empleando en el momento de la licitación, ni tampoco a los que empleará

durante la ejecución del contrato. Por ello, difícilmente puede asociarse el número medio de dichos efectivos a la mayor o menor solvencia de las empresas para ejecutar un contrato determinado, salvo que por sus especiales características o circunstancias se precisen empresas especialmente experimentadas en movilizar o gestionar un número importante de trabajadores. No obstante, sí que puede establecerse un número mínimo de trabajadores empleados en el último trienio, como medio complementario de selección de las empresas, cuando se precisa que éstas tengan una dimensión y una experiencia de conjunto acreditadas en la ejecución de trabajos análogos o similares a los del objeto del contrato.

Paradójicamente, en este criterio, mucho más relevante que el número medio de trabajadores empleado en el pasado es el número de trabajadores que continúan en la empresa en el momento de la licitación, es decir, del grado de estabilidad de la plantilla, entendido en este caso como un indicador de la mayor o menor trayectoria o experiencia conjunta de los equipos de trabajo de la empresa, la cual sí puede ser significativa de la capacidad técnica de la empresa. Por eso, la Ley establece que en el supuesto de que se utilice el citado criterio, deberá acreditarse dicho extremo y, para ello, no encontramos otra forma mejor de hacerlo que establecer, más que un número medio mínimo de efectivos personales, un número mínimo de trabajadores estables, como concreción de ese grado de estabilidad al que hace referencia la Ley. Hay que advertir que, aunque la Ley utiliza el término grado, el establecimiento de dicho mínimo en términos porcentuales o relativos respecto del total de efectivos puede producir distorsiones en la comparación entre empresas que alejen al criterio de su finalidad y producir efectos no deseados. Por ejemplo, una empresa que utilice trabajadores fijos discontinuos, pero durante un corto periodo de tiempo o a tiempo parcial, o que reitere la contratación y despido temporal de los mismos trabajadores, podría acreditar un porcentaje de empleos estables muy superior a otra con más trabajadores por tiempo indefinido y a tiempo completo y que sólo utiliza la contratación temporal según las necesidades de la producción y por tiempo limitado en un mismo trabajador.

5. La estabilidad laboral como factor de calidad en los criterios de adjudicación de los contratos públicos

En el anterior apartado hemos analizado la posibilidad de aplicación práctica de criterios de estabilidad laboral en la selección de las empresas por su indudable relación con la capacidad y solvencia de las mismas, máxime cuando se trata de la estabilidad de, al menos, el personal que ha de participar en la ejecución del contrato y que es, junto a los medios técnicos, el que proporciona la solvencia técnica o profesional necesaria para la ejecución del contrato. Desde el punto de vista económico, ello resulta incuestionable porque lo que se contrata son los servicios de una *empresa*, su organización, sus recursos humanos y sus bienes de equipo, y no sólo la responsabilidad e intermediación de la sociedad o persona física titular.

Hemos de recordar que los requisitos de solvencia establecidos determinarán las empresas que podrán acceder a la fase de adjudicación, de forma que constituyen una

condición sin la cual no podrá ser tomada en consideración su oferta o proposición.

Constituyen, por tanto los requisitos *mínimos* de solvencia que concurren en todas las empresas que pasan a la fase de adjudicación y, por tanto, no podrán ser relevantes en ésta. Ahora bien, llegados a este punto cabe preguntarse: ¿puede ser relevante en la adjudicación la mayor solvencia técnica o profesional que la mínima exigida?. Y si fuera así, ¿ puede tenerse en cuenta la estabilidad en el empleo de los recursos humanos que justifican esa mayor solvencia técnica?.

Del conjunto normativo formado por las Directivas europeas y la legislación española en materia de contratación pública, se deduce la obligación de los poderes públicos de adjudicar los contratos administrativos de acuerdo con una de las siguientes alternativas:

- O bien a la proposición de precio más bajo de entre las presentadas y admitidas en la fase de adjudicación,
- O bien a la proposición u oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos establecidos previamente a la licitación y que deberán estar relacionados con el objeto del contrato.

En realidad, desde el punto de vista económico y teniendo en cuenta los principios de buena administración y de economía y eficiencia en la utilización de recursos públicos, ambos criterios se resumen en uno: la adjudicación de un contrato debe efectuarse a favor de la oferta o proposición que resulte económicamente más ventajosa, comparativamente con las demás y en términos homogéneos entre ellas. Cuando se considere que no son relevantes ni significativas las diferencias de calidad, coste o rentabilidad de las distintas ofertas, la oferta económicamente más ventajosa es simplemente la de precio más bajo, mientras que si existen factores de calidad que comportan diferencias significativas en el valor real, coste o rentabilidad para la Administración de los distintos bienes o prestaciones ofertados por las respectivas empresas, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa será la que resulte de valorar y ponderar adecuadamente todos los factores que determinan dichas diferencias. En resumen, por utilizar términos utilizados comúnmente, se trata de adjudicar el contrato a la proposición que oferte la mejor relación calidad/precio, entendiendo por calidad la mayor o menor concurrencia en una proposición de los factores objetivos que la determinan, previamente definidos por el órgano de contratación en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Como alternativa de la adjudicación a la oferta de precio más bajo, que en nuestro ordenamiento jurídico se corresponde con la subasta, así como también con aquellos procedimientos negociados en el que el único aspecto a valorar o negociar sea el precio, el artículo 85 de la LCAP establece el concurso como la forma general de adjudicación de los contratos, ya sea mediante procedimiento abierto o restringido. En ese caso, el artículo 86 de la misma Ley establece que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, o lo que es lo mismo, para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa de entre las

admitidas, entre los que cita, además del precio, los siguientes: *la fórmula de revisión, en su caso; 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, el servicio postventa u otros semejantes.*

Por su parte, la regulación de este mismo aspecto en las directivas europeas es análoga a la anterior, aunque no obstante, tras casi 10 años de vigencia, controversias y jurisprudencia, su mejor formulación e interpretación la encontramos recogida en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (2000/0115(COD) DOCE 30/08/2000 COM(2000) 275-final. Propuesta modificada DOCE 06/05/2002 COM (2002) 236-final), que establece, respecto de los criterios que pueden utilizarse, lo siguiente: cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa para los poderes adjudicadores, distintos criterios directamente relacionados con el objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución.*

En cuanto a la interpretación que subyace en dicho precepto, casi idéntico en las respectivas Directivas aún vigentes, la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 15.10.2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos (DO C 333 de 28 de noviembre de 2001) y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, indica expresamente:

Como regla general, las Directivas imponen dos condiciones a los criterios que se aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa. En primer lugar, debe observarse el principio de no discriminación⁵. En segundo lugar, los criterios utilizados han de suponer una ventaja económica para el poder adjudicador. El Tribunal de Justicia ha confirmado que el objetivo de las Directivas consiste en excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por los poderes adjudicadores, 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.⁶

La característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se citan a modo de ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución⁷.

⁵ Cualquier criterio que favoreciese a los licitadores locales y que mermara las posibilidades de los licitadores potenciales, establecidos en otros estados miembros, de llevarse el contrato considerado y prestar los servicios objeto del mismo, constituiría una restricción de la libre prestación de servicios, a efectos de lo dispuesto en el artículo 49 (ex59) del Tratado CE.

⁶ Sentencia de 3.10.2000 en el asunto C-380/98 “Universidad de Cambridge” apartado 17.

⁷ Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 4 de mayo de 1988 en el asunto Beentjes citado.

Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio.

Los criterios de adjudicación deben, por tanto, estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución.⁸

Entre los criterios que se mencionan a modo de ejemplo en las Directivas no figuran criterios sociales. Sin embargo, si por «criterios sociales» entendemos aquellos que permitan evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas⁹, podemos considerar que éstos son aceptables, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de lo previsto en las Directivas.

Por el contrario, los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores o las preferencias de precios, por ejemplo, serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos. Lo mismo cabe decir de los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo. Estos criterios, que no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, quedan excluidos por las actuales Directivas, habida cuenta de que su finalidad debe consistir en hacer posible la evaluación de las cualidades intrínsecas de un producto o una prestación. Por lo demás, dichos criterios se considerarían incompatible con los compromisos adquiridos por los Estados miembros a través del Acuerdo sobre Contratación Pública celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

En consecuencia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico comunitario, no resulta posible utilizar la estabilidad en el empleo como un criterio de adjudicación en un contrato público, cuando dicho criterio no guarda una relación directa con el objeto del contrato o con las condiciones de ejecución del mismo. Sin embargo, en algunos tipos de contrato sí que puede resultar posible determinar criterios de adjudicación que cumplan dicho requisito y que impliquen o contribuyan indirectamente al empleo por parte de las empresas contratistas.

La propia Comisión, en la comunicación antes citada, apunta esa posibilidad cuando señala en el resumen que *las Directivas sobre contratación pública ofrecen, por lo demás, distintas posibilidades a la hora de tomar en consideración, con motivo de un*

⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 30.1 de la Directiva 93/37/CE.

⁹ De cara a un contrato destinado a prestar servicios informáticos a todos los empleados de un municipio, podría figurar en principio entre los criterios a considerar para determinar una oferta económicamente más ventajosa el del método propuesto por el licitador para garantizar, en todo momento y de manera satisfactoria, un servicio de calidad que responda a las necesidades específicas de cualquier persona discapacitada.

procedimiento de contratación, aspectos sociales que guarden relación con los productos o prestaciones solicitados, especialmente al definir las especificaciones técnicas y los criterios de selección.

Probablemente, el criterio más general que podemos encontrar, con excepción del contrato de suministro, sea el de la valoración de *la propuesta técnica de realización de los trabajos objeto del contrato, teniendo en cuenta los que se van a efectuar directamente por la empresa y aquellos otros que serán objeto de subcontratación a terceros*. Con carácter general, pero especialmente cuando los gastos de personal son el principal o uno de los principales componentes del presupuesto de ejecución del contrato, el recurso a la subcontratación afecta negativamente al valor técnico de la prestación efectivamente realizada, por la diferente distribución de costes que se produce para la empresa adjudicataria en función de lo que subcontrata. Por decirlo de una forma más clara, cada vez que un contratista principal subcontrata una prestación deberá abonar al subcontratista un precio por sus servicios que deberá incluir los costes directos de los mismos, la proporción correspondiente de gastos fijos o generales del subcontratista, su beneficio industrial y, en todo caso, el IVA, aunque este último lo podrá compensar con el repercutido. El resultado de todo ello es que aumenta la proporción de recursos destinados a financiar costes adicionales de gestión y beneficio industrial y disminuye la que puede destinarse a retribuir el coste de los factores de producción empleados, es decir, del personal y de los bienes de equipo.

Un caso particular lo constituyen los contratos de consultoría y asistencia o los de aquellos servicios que requieran fundamentalmente de servicios personales o de la concurrencia de profesionales o de personas con una determinada cualificación o experiencia, como por ejemplo los administrativos especiales de asistencia social o los del Grupo V (Servicios de Tecnologías de la Información o de las Comunicaciones) de la vigente clasificación de servicios. En estos supuestos, no se puede negar que la valoración a priori de la calidad de la propuesta técnica de ejecución de los trabajos ha de tomar en consideración de nuevo, junto con la metodología y el plan de trabajo, las características, composición y adecuación al objeto del contrato, titulaciones, experiencia y estabilidad o compromiso de dedicación del personal que cada empresa pone a disposición de la Administración para la ejecución de los trabajos.

Es decir, *cuando el objeto del contrato comprende una parte importante o significativa de prestaciones o trabajos que han de ser efectuados por el personal que la empresa licitadora se compromete a destinar a la ejecución del contrato, dicho personal y su dedicación al contrato constituyen, precisamente, una de las partes principales de lo ofertado por la empresa en su proposición y, por tanto, uno de los aspectos que no sólo se puede valorar, porque guarda relación directa con el objeto del contrato, sino que se debería siempre valorar en la fase de adjudicación, porque es un aspecto determinante de la calidad de la propuesta ofertada y de las ventajas económicas que ésta presenta, comparativamente con las demás ofertas*. Esto puede decirse en general de todo tipo de contrato, excepto en el contrato de suministro, donde normalmente las prestaciones o trabajos efectuados por el personal de la empresa adjudicataria suelen ser poco

significativos en relación con el importe total del contrato, salvo en los contratos de suministro en que se exigen condiciones especiales de fabricación o de control de calidad de los productos o comprenden el mantenimiento posterior de equipos o sistemas de información.

No se trata, sin embargo, de repetir la aplicación de criterio de solvencia técnica alguno ni de volver a valorar la experiencia o cualificación profesional que se hubiera establecido en la fase de selección de las empresas como uno de los requisitos mínimos para acceder a la adjudicación. *De lo que se trata es de llegar a valorar la propuestas técnicas, en términos comparativos entre ellas, de forma que dicha valoración sea representativa o guarde correlación con las horas-trabajo comprometidas u ofertadas, valoradas o ponderadas en función de la cualificación, experiencia, categoría profesional y grado de estabilidad del personal al que se refieren.* En dicha valoración, se otorgarán, por ejemplo más puntos o unidades a la hora-trabajo de un trabajador cuya titulación o categoría sea superior que a la de otro con menor titulación o categoría, y en cada grupo se puntuará a su vez más las horas de quien acredita una experiencia mayor o tiene una mayor estabilidad en la empresa, que a las de otros que no reúnan esas circunstancias. La mayor puntuación corresponderá, por tanto, a las horas-trabajo de un titulado superior universitario, que esté contratado como tal por tiempo indefinido y cuyos años de experiencia se encuentren en el tramo más alto de la escala que se haya establecido. Por el contrario, la menor puntuación corresponderá a las horas-trabajo de un trabajador no cualificado, contratado temporalmente y en el menor de los tramos de experiencia.

En el ejemplo siguiente se muestra un ejemplo de forma de aplicación práctica de dicha valoración, para lo cual se ha construido una matriz de coeficientes para medir homogéneamente la dedicación del personal ofertada por una empresa cualquiera en una licitación de obras o de servicios en los que sean significativa la participación de personal de distinta cualificación, experiencia, abarcando todas las categoría profesionales comprendidas en los distintos grupos de cotización a la Seguridad Social. Por razones prácticas, el personal de alta dirección y administradores o socios ejecutivos se asimilan al grupo que de acuerdo con su titulación les corresponda. Los coeficientes se han obtenido integrando tres componentes:

- a) Las retribuciones básicas del personal que participa en la ejecución del contrato, representadas en este ejemplo por las bases mínimas de cotización a la Seguridad Social de los distintos grupos profesionales. A la menor de ellas se le ha asignado el valor de la unidad y el resto se ha obtenido proporcionalmente.
- b) La experiencia profesional (no obtenida necesariamente en la empresa) y la correspondiente productividad media del personal técnico o directivo que la empresa pone a disposición de la ejecución del contrato, representadas en este caso por los valores establecidos por el Reglamento General de la LCAP para el cálculo del índice de tecnicidad de las empresas en la clasificación de contratistas de obras. El mayor de dichos valores incrementa el factor del apartado a) en un 100% (máxima productividad) y el resto proporcionalmente. La máxima productividad se ha atribuido a un titulado superior universitario, contratado como tal y con más de

15 años de experiencia.

- c) La relación laboral o de servicios del personal que participa en la ejecución del contrato y la variación en el coste o retribución de dicho personal en función de la misma. En el ejemplo, este componente incrementa o no a los anteriores en un 15%, en función de que el personal pertenezca a la plantilla estable de la empresa o, por el contrario, sea personal temporal o de las empresas o profesionales que el licitador subcontratará en caso de adjudicación.

Cuadro núm. 1

Ejemplo de modelo para la valoración de la dedicación del personal que participa en la ejecución de un contrato, contenida en la propuesta técnica o plan de trabajo de una oferta o proposición

Grupo de cotiz. Seg. Soc.	Categorías profesionales	Coefficiente (1)	Núm de trabaj. que participarán	Núm de horas ofertadas (2)	Valor técnico relativo (ptos.) (1)x(2)
A) Directivos y personal laboral fijo de la empresa (contratados por tiempo indefinido)					
1	Titulados superiores y personal alta dirección				
	Con más de 15 años de experiencia	3.43			
	Entre 5 y 15 años de experiencia	3.21			
	Menos de 5 años de experiencia	3.00			
2	Titulados medios universitarios				
	Con más de 10 años de experiencia	2.32			
	Con menos de 10 años de experiencia	2.14			
3	Jefes administrativos y de taller (Técnico no univ.)	1.69			
4	Ayudantes no titulados/Encargados de obra	1.44			
5-11	Resto de grupos (mínimos estimados)	1.15			
				Subtotal A	
B) Asistencias, personal contratado temporalmente o personal de empresas subcontratadas					
1	Titulados superiores y personal alta dirección				
	Con más de 15 años de experiencia	2.98			
	Entre 5 y 15 años de experiencia	2.79			
	Menos de 5 años de experiencia	2.61			
2	Titulados medios universitarios				
	Con más de 10 años de experiencia	2.02			
	Con menos de 10 años de experiencia	1.86			
3	Jefes administrativos y de taller (Técnico no univ.)	1.47			
4	Ayudantes no titulados/Encargados de obra	1.25			
5-11	Resto de grupos (mínimos estimados)	1.00			
				Subtotal A	
				Total A+B	
Nota:	La dedicación al contrato de los socios con funciones directivas y administradores de la empresa adjudicataria puede incluirse, en su caso, entre los del grupo y apartado que corresponda a su titulación y situación laboral, respectivamente.				

En un modelo como el anterior sería necesario, además, determinar en el pliego el peso relativo o ponderación que la valoración de la dedicación del personal ofertada por la empresa ha de tener en el conjunto de criterios establecidos para determinar la oferta más ventajosa de las presentadas a la licitación. Ello dependerá del tipo y características del contrato.

En el supuesto de un contrato de obras en el que, por ejemplo, uno de los criterios de adjudicación sea el valor técnico de la oferta o la mayor o menor calidad de la propuesta técnica de realización de los trabajos, debe tenerse en cuenta el peso que los costes de personal tienen en el conjunto de los trabajos objeto de contratación.

A modo ilustrativo, un estudio efectuado sobre los costes medios en el sector de la construcción, efectuado sobre datos que abarcan desde 1980 hasta 1994 y cuyos resultados figuran publicados en el Boletín Informativo del Ministerio de Fomento, ofrece la siguiente estructura de costes con base en 1990:

Cuadro num. 2

Estructura de costes por tipo de obra

	Total	Edificación	Ingeniería civil
Consumos intermedios	62.78	63.26	61.31
Remuneración de asalariados	37.22	36.74	38.69
Total costes construcción	100	100	100

De acuerdo con dichos indicadores, el peso específico de los costes de personal en el sector de la construcción se sitúa, por término medio ponderado, por debajo del 40% del total de costes de las obras y, por tanto, la valoración de la dedicación del personal ofertada en una licitación tampoco debería sobrepasar ese límite, referido al total de la valoración de la propuesta técnica y salvo que las obras presentaran particularidades que requirieran un uso más intensivo de mano de obra.

6. Estabilidad en el empleo y condiciones de ejecución del contrato

Una vez analizada la posibilidad de tener en cuenta la estabilidad laboral de los trabajadores de cualquier licitador durante la fase de selección de las empresas que podrán acceder a la adjudicación, así como la posibilidad de valorar comparativamente, en la fase de adjudicación, las respectivas ofertas o propuestas de dedicación del personal que va a participar en la ejecución del contrato, teniendo en cuenta la cualificación de dicho personal

y su vinculación estable a la empresa, procede ahora estudiar qué posibilidades existen de que dicho criterio sea tenido en cuenta o incluso exigido durante la ejecución del contrato.

Para ello, nos hemos de retrotraer al momento en el que se establecen las especificaciones o prescripciones técnicas y el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del contrato, ya que es en éstos donde se han de establecer las condiciones de ejecución del contrato, las obligaciones de carácter laboral, de seguridad o de cualquier otra índole que ha de cumplir el adjudicatario y, en su caso, la forma en que la Administración ejercerá la vigilancia de su cumplimiento.

En general, existen grandes diferencias entre lo que es exigible a un licitador en las fases de selección y de adjudicación del contrato y lo que es exigible al adjudicatario de dicha licitación. En la fase de selección se ha de examinar exclusivamente la capacidad y solvencia de los licitadores, en base a su pasado más reciente y a sus medios o recursos en el momento anterior a la licitación, lo cual excluye cualquier exigencia que pueda ser discriminatoria por no ser adecuada para dicha finalidad o por no encontrarse al alcance de cualquier empresa solvente, española o de cualquier estado miembro de la UE.

Análogamente, hemos visto cómo en el procedimiento de adjudicación la Administración debe limitarse a valorar, desde el punto de vista económico, las mayores o menores ventajas de las prestaciones y precios ofertados en una licitación, es decir, de aquello que el contratista pondrá a disposición de la Administración para la ejecución del contrato y que, en el caso del personal, se concreta en una determinada dedicación de personas con distintas cualificaciones, experiencia y vinculación con la empresa.

En cambio, en la ejecución del contrato las obligaciones del adjudicatario se derivan de las condiciones de ejecución establecidas previamente en los Pliegos por la Administración contratante, las cuales han sido aceptadas por el adjudicatario en la licitación y cuyos costes económicos, si los hay, se encuentran incluidos en el presupuesto de licitación y en el precio de adjudicación, es decir, forman parte de lo contratado y pagado por la Administración. Obviamente, tampoco podrán ser condiciones discriminatorias o cuyo cumplimiento fuera imposible para las empresas o trabajadores de otros países o territorios de la UE distintos de los de la Administración contratante.

La misma Comunicación de la Comisión Europea antes citada concluye que *una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o “condiciones de ejecución del contrato”, siempre que éstas se ajusten al derecho comunitario y, en particular, que no tenga un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás miembros, y añade: A modo de ejemplo, una cláusula por la que se exija que el adjudicatario emplee a un número o un porcentaje determinado de desempleados de larga duración o jóvenes aprendices, sin exigir que los desempleados o aprendices pertenezcan a una región dada o dependan de un organismo nacional, con vistas a la ejecución de un contratos de obras, no constituye a priori una discriminación contra los licitadores de los demás Estados miembros.*

Dicha posición de la Comisión se vio reforzada en la tramitación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo antes citada, en cuya propuesta modificada fueron aceptadas las enmiendas 10 y 127 del Parlamento en los textos siguientes, que tienen en cuenta también la conveniencia de facilitar un acuerdo entre los colegisladores y que se concretan en un considerando y en nuevo artículo en la parte dispositiva:

Considerando: «(29) Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Asimismo, pueden crear obligaciones, aplicables a la ejecución del contrato, como, en particular, contratar a desempleados de larga duración o establecer acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, o contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional».

«Artículo 26 bis Condiciones de ejecución del contrato

Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, particularmente, a consideraciones de tipo social y medioambiental».

Por todo ello, como conclusión puede decirse que nada en las Directivas europeas ni en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas parece impedir que, entre las condiciones de ejecución del contrato, se establezcan aquellas condiciones de estabilidad laboral que deba observar la empresa adjudicataria durante dicha ejecución, especialmente con las siguientes finalidades:

- a) Mantener, durante la ejecución del contrato y como mínimo, las condiciones de solvencia técnica y profesional que sirvieron de base para la selección de la empresa adjudicataria.
- b) Mantener o impedir la depreciación del valor técnico o la calidad de la oferta efectuada por el adjudicatario, en lo que se refiere a las características y dedicación del personal ofertado por la empresa.
- c) Respetando el principio de no discriminación comunitaria, cooperar en la consecución de objetivos de fomento del empleo estable en las contrataciones de personal que deba efectuar el adjudicatario durante la ejecución del contrato, en las que se puede establecer la obligación de contratar desempleados o personas pertenecientes a colectivos con dificultades de acceso al trabajo.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con carácter general

1ª.- La aplicación de criterios sociales en los procedimientos de contratación pública es posible siempre que, además de ajustarse a las Directivas europeas reguladoras de dichos procedimientos, sean compatibles con el Derecho comunitario, especialmente, con el derecho a la libre circulación de mercancías y servicios y a los principios de publicidad y de no discriminación de los licitadores de cualquier Estado de la UE.

2ª.- La Generalitat Valenciana deberá realizar un esfuerzo para que aquellos productos o servicios que desea contratar den lugar a la integración de aspectos sociales. En el caso concreto de los contratos de suministro, procurará que el objeto a suministrar pueda ser ofertado con condiciones especiales de manejo o accesibilidad a personas con minusvalía. Asimismo, en el caso de servicios podrá, dependiendo del objeto del servicio, determinar, aspectos de integración en la prestación del mismo.

3ª.- La consecución de aspectos sociales también por vía de la contratación pública puede llevarse a cabo mediante la licitación de contratos específicos que tengan por objeto la formación de personas en situación de riesgo de exclusión (parados de larga duración, discapacitados, jóvenes de menores de 25 años, etc...)

4ª.- Mediante la adopción de una norma específica, la Generalitat Valenciana podría hacer uso de la reserva de un porcentaje de licitaciones a entidades sin ánimo de lucro que, cumpliendo con el objeto del contrato, fomenten la incorporación de personas con minusvalía al mercado laboral, como ha hecho la Generalitat de Cataluña.

5ª.- Los pliegos de prescripciones técnicas deberán reflejar la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales que sea aplicable en relación con el objeto del contrato. En el caso concreto del contrato de obras, además, los proyectos tendrán en cuenta, en su caso, la legislación vigente en materia de accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas. Igualmente, en los contratos de suministro que atendiendo a la naturaleza del producto a suministrar puedan, desde la perspectiva técnica, incorporar tal accesibilidad.

6ª.- En los pliegos de cláusulas administrativas particulares, se deberá hacer referencia al órgano de la administración donde el licitador puede obtener la información de carácter social y de prevención de riesgos laborales.

Con carácter específico

1.- Fase de admisión

1ª.- La exclusión del licitador incurso en prohibición de contratar por infracciones en materia social, de prevención de riesgos laborales y de incumplimiento de la Ley de

integración social de minusválidos, no puede dar lugar a exigir ninguna documentación adicional que no sea la prevista en la legislación de contratos de las administraciones públicas. En este sentido se llama la atención sobre la necesaria coordinación y comunicación entre los órganos sancionadores y los órganos que pueden declarar tal prohibición de contratar.

2.- Fase de selección

1ª.- En la fase de selección de los licitadores y como medio de acreditación de la solvencia técnica de las empresas, debe exigirse la determinación de los medios técnicos y/o personales con que cuenta la empresa en materia de seguridad y salud y prevención de riesgos laborales, que deberán estar relacionados y ser adecuados al objeto del contrato y a sus características y condiciones de ejecución y, incluso en los casos en que sea exigible la clasificación, haciendo uso del compromiso de adscripción de medios previsto en el art. 15 del TRLCAP.

2ª.- Para establecer los criterios de selección relativos a la solvencia profesional, el órgano de contratación deberá determinar, en primer lugar, si en el contrato se precisan prestaciones de personal con una cualificación específica que deba intervenir de forma significativa en su ejecución y, en caso afirmativo, debe establecer en el Pliego los que, como mínimo, la empresa deberá comprometerse a poner a disposición de la ejecución del contrato, acreditándolo mediante una relación laboral estable u otra relación jurídica cuyo plazo de vigencia sea igual o superior al del contrato.

3ª Asimismo, en los términos previstos en la legislación de contratos, se establecerá, como criterio de solvencia técnica y para la selección de los licitadores, el requisito de que las empresas interesadas deban acreditar un número medio anual mínimo de trabajadores en su plantilla y, en su caso, de trabajadores estables, referido a los tres últimos ejercicios, siempre que el cumplimiento de dicho requisito sea adecuado o significativo de la capacidad técnica de la empresas para la ejecución del contrato, por la importancia de las prestaciones que deben ser efectuadas por su personal, como es el caso de los contratos de obras y de numerosos servicios, no así en la mayoría de contratos de suministro. La acreditación de tal extremo –así como el indicado en el párrafo anterior- se realizará por el licitador mediante la aportación del informe de vida laboral y el certificado del número medio anual de trabajadores empleados en los tres últimos años, que expide la Tesorería de la Seguridad Social.

En este mismo sentido y atendiendo al objeto del contrato y a la obligación de la empresa con respecto a la LISMI, debe establecerse un mínimo de trabajadores discapacitados que deba poner el licitador a disposición de la ejecución del contrato.

3.- Fase de valoración

1ª.- De acuerdo con el ordenamiento jurídico comunitario actual no resulta posible utilizar, como criterio de valoración de las ofertas, la estabilidad experimentada por la plantilla de las empresas hasta el momento de la licitación, salvo que dicho criterio guarde una relación

directa con el objeto del contrato. En este último caso deberá incluirse como criterio de valoración.

2º.- Cuando el objeto del contrato comprenda de forma significativa prestaciones o trabajos que han de efectuarse por el personal que la empresa ha de destinar a su ejecución, *el tiempo de dedicación* de dicho personal a la misma constituirá una de las prestaciones esenciales contenida en su oferta y es determinante, junto a otros factores, de la calidad de la propuesta, de su valor técnico o real y de las ventajas económicas de dicha proposición, comparativamente con las demás. Por tanto, en este caso, dicho factor guarda relación directa con el objeto del contrato y se utilizará como un criterio de adjudicación del mismo. Por otra parte, la valoración de la calidad y el valor técnico o real del tiempo de dedicación del personal ofertado deberá guardar una correlación positiva con factores tales como las titulaciones académicas o profesionales, la experiencia individual y de los equipos y la categoría, relación y estabilidad de dicho personal con o en la empresa, de forma se integren o tengan en cuenta estas circunstancias en la valoración de la dedicación ofertada.

3ª.- En los contratos de obra figurará como uno de los criterios de adjudicación la memoria de seguridad y salud, como alternativa o mejora al proyecto presentado por la Administración. En este caso y de conformidad con lo previsto en el art. 87 del TRLCAP, las mejoras o alternativas deberán definirse y asignarles una ponderación.

4ª.- En todo caso, los pliegos de cláusulas administrativas establecerán lo dispuesto en la disposición adicional Octava del TRLCAP en cuanto a criterio adicional de desempate.

4.- Fase de ejecución

1ª.- En las condiciones de ejecución del contrato, estableciéndolo así en el Pliego de Cláusulas Administrativas, son compatibles con el Derecho comunitario y con el TRLCAP las condiciones que, no siendo directa o indirectamente discriminatorias para las empresas o trabajadores por razón del territorio donde radican, tengan por objeto la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas con especiales dificultades de inserción laboral o de desempleados de larga duración, o contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.

2ª.- En los Pliegos deberá incorporarse un inciso relativo a que en ningún caso el licitador deberá realizar su oferta por debajo de los convenios colectivos que regulan el sector, y a que deberá adecuarse a ellos en caso de nueva negociación y acuerdo. Asimismo, en los contratos de obras, la oferta económica del licitador no podrá realizarse mediante reducción del presupuesto de seguridad y salud.

3ª.- Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 111, apartado h), del TRLCAP, se establecerán como causas de resolución del contrato las prohibiciones de contratar sobrevenidas cuando el órgano de contratación tenga conocimiento, durante la ejecución del contrato, del incumplimiento por el contratista de las medidas de prevención de riesgos laborales, y de las obligaciones de carácter social establecidas en el Pliego de cláusulas administrativas y en la normativa vigente. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones que



conforme a las normas reguladoras de dichas materias pudieran imponerse por los órganos competentes para ello.

El presente Dictamen se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.4 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

Vº Bº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA


Vicente Rambla Mompies


LA SECRETARIA DE LA JUNTA


Margarita Ventó Torres


*APROBADO POR EL PLENO DE LA JUNTA
SUPERIOR DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA, en fecha 21 de marzo de 2003.*