



**Recomanació 1/2001, de 5 d'abril,** de la **COMISSIÓ PERMANENT** de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa

Assumpte: **clàusules socials en la contractació administrativa.**

La Secretària General del Departament de Treball sol·licita informe d'aquest òrgan consultiu sobre la qüestió que tot seguit es reproduïx:

*"D'acord amb el que preveu l'article 4 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sol·licito que aquest òrgan consultiu emeti informe en relació amb la introducció d'una clàusula social en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes administratius, en el sentit de preveure que en els procediments d'adjudicació per concurs, en supòsit d'igualtat de proposicions, es donarà preferència a les empreses que contractin indefinidament persones amb dificultats d'inserció laboral, i en el cas que això no fos possible, altres alternatives que afavoreixin la contractació d'aquestes persones amb dificultats d'inserció laboral, mitjançant la inclusió d'alguna previsió en el procediment de contractació.*

*A aquests efectes, adjunto còpia de l'Acord del Govern de la Generalitat de 26 de maig de 1998, pel qual els departaments de l'Administració de la Generalitat incorporarien en els plecs un criteri complementari de preferència en l'adjudicació per concurs dels contractes d'obres, quan les característiques ho permetessin, per aquells licitadors que es comprometessin a col·laborar en donar ocupació a treballadors amb dificultats d'inserció laboral, i nota relativa a la inclusió de la clàusula social en els plecs elaborada per l'Assessoria Jurídica del Departament de Treball."*

S'acompanya còpia de l'acord del Govern de la Generalitat de data 26 de maig de 1998 sobre la incorporació en els plecs de clàusules administratives particulars d'un criteri de preferència en l'adjudicació de determinats contractes administratius d'obres, així com una nota de la subdirectora general de l'Assessoria Jurídica del Departament de Treball sobre l'assumpte de referència.

D'acord amb les funcions que estableix l'article 11.3 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, és procedent que la Comissió Permanent emeti una Recomanació sobre la base de les següents:

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

### **1. Els plantejaments de la Comissió Europea sobre les clàusules socials en la contractació pública**



Hem de distingir entre les comunicacions i les directives aprovades per la Comissió Europea i la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea.

La Comissió Europea, en la Comunicació de 22 de setembre de 1989 titulada "Contratación Pública. Aspectos regionales y sociales" COM(89) 400 final, publicada en el Diari Oficial de les Comunitats Europees (DOCE) sèrie C, número 311, va fer una reflexió, entre altres qüestions, sobre les condicions contractuals no discriminatòries. Aquestes reflexions es formulaven en relació directa amb la, a les hores, recentment dictada sentència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea en l'assumpte 31/87, Gebroeders Beentjes BV i Països Baixos.

Aquesta Comunicació conté unes reflexions en l'apartat 43 i següents que considerem de gran interès reproduir literalment:

**"IV.2. Condiciones contractuales no discriminatorias**

43. *Otro posible medio de favorecer el pleno aprovechamiento de los recursos económicos disponibles podría derivarse de la utilización de condiciones contractuales no discriminatorias.*

44. *En un reciente asunto (31/87, Gebroeders Beentjes BV y Países Bajos), se solicitó al Tribunal de Justicia que dictaminara si la inclusión de una condición a la adjudicación de un contrato de obra pública, con arreglo a la cual se exigía al contratista que contratara a un determinado número de trabajadores en paro durante largo tiempo e inscritos en una oficina regional de empleo, resulta compatible con el Derecho comunitario. El Tribunal se pronunció en el sentido de que tal condición era compatible con la Directiva sobre obras públicas (71/305), aun cuando se recordaba la obligación de tener en cuenta las disposiciones del Tratado, sobre todo las relativas a la libertad de prestación de servicios, a la libertad de establecimiento y a la no discriminación por motivos de nacionalidad. El Tribunal reenvió el asunto al Tribunal nacional para que éste determinase si esa cláusula concreta era, a la luz de todas las circunstancias, compatible con el Tratado.*

45. *Esta sentencia plantea diversas cuestiones de interés:*

- *¿hubiera resultado legítimo incluir dicha condición con un objetivo distinto del de la reducción del desempleo de larga duración?; en caso afirmativo, ¿a cuáles?*
- *¿cuáles serían los límites a la inclusión de dicha condición?*
- *¿resultarían estas condiciones útiles a efectos de instrumentos de política regional?*

a) *Objetivos legítimos de las condiciones contractuales*

46. *Aunque el asunto Beentjes afectaba al desempleo de larga duración, no parece haber motivo para sostener que objetivos distintos no pudieran considerarse comprendidos en los poderes discrecionales que reconoce a los Estados miembros la Directiva 71/305. Hay otros tipos de desempleo, por ejemplo, el juvenil, que podrían constituir un objetivo igualmente legítimo, lo*



*mismo cabría afirmar de una amplia gama de cuestiones sociales, entre ellas, la formación profesional, la sanidad y la seguridad laborales, las relaciones laborales y la supresión de la discriminación por motivos de raza y religión o de sexo. Las directivas de contratación ni prohíben ni autorizan expresamente a los Estados miembros que regulen las cuestiones relativas a estos ámbitos. En consecuencia, tanto aquéllos como los organismos contratantes estarían en libertad, con arreglo al Derecho comunitario, para centrarse en esos objetivos, siempre que respetaran las disposiciones de las directivas y los límites del Tratado. De ello también se deduce que, conforme al Derecho comunitario, los Estados miembros son a su vez libres de limitar las posibilidades de que los organismos de contratación se centren en objetivos de este tipo.*

b) Límites a la aplicación de condiciones contractuales

47. *El tribunal de Justicia estableció una distinción entre condiciones contractuales relativas al desempleo de larga duración, por un lado, y criterios de selección de empresas y de adjudicación de contratos, por otro. Las primeras no son relevantes a la hora de analizar la capacidad técnica, económica y financiera de los candidatos para llevar a cabo los trabajos; tampoco forman parte de los criterios aplicados por los organismos de contratación para decidir a quién adjudicar el contrato. Se trata tan sólo de obligaciones que la empresa adjudicataria tiene que aceptar.*
48. *No obstante, en algunos casos, las condiciones contractuales pueden afectar a cuestiones relativas a los criterios de selección o importantes en el momento de la adjudicación. Por ejemplo, si la disposición por parte de los concursantes para contratar trabajadores largo tiempo en situación de desempleo se convirtiera en uno de los criterios para determinar la oferta económica más ventajosa, aun cuando la obligación de emplear el número de trabajadores en paro indicado en la oferta se expresara en forma de condición contractual, se plantearían problemas con el artículo 29 de la Directiva sobre obras públicas. Todos los "diversos criterios" ofrecidos a modo de empleo en dicho texto legal se refieren a cuestiones que afectan al beneficio económico de la entidad contratante en el contexto del contenido de los contratos de obras públicas concretos. La capacidad del concursante de emplear trabajadores largo tiempo en situación de desempleo no suele repercutir en el beneficio económico que puede obtener del contrato la entidad licitadora. Los beneficios económicos que puedan obtenerse por empleo, mediante la reducción del pago de prestaciones sociales o el aumento del poder adquisitivo de los trabajadores empleados, son indirectos y más bien ajenos al contenido del propio contrato. A menos que se pudiera demostrar que existen circunstancias concretas en las que la contratación de trabajadores largo tiempo desempleados pudiera aumentar los beneficios económicos que pudiera obtener del contrato la entidad contratante, este criterio no resultaría compatible con la Directiva; lo mismo cabe afirmar de otros criterios carentes de relación con el objeto de los contratos concretos.*
49. *Más aun, el Tribunal de Justicia subrayó que, en cualquier caso, las cláusulas contractuales han de respetar las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario, haciendo especial alusión a las restricciones derivadas de los principios de libertad y de establecimiento, de libertad de prestación de servicios y de no discriminación por motivos de nacionalidad incluidos en el Tratado. En este contexto, el Tribunal consideró que la condición contractual podrían infringir el principio de no discriminación si sólo pudieran cumplirla las empresas nacionales o si su cumplimiento les resultase más difícil a las empresas extranjeras que a las nacionales.*



50. *Por consiguiente, todo depende en buena medida de la condición impuesta y de sus efectos prácticos sobre los licitadores de otros Estados miembros. Algunos ejemplos pueden servir para clarificar el problema.*
51. *Una condición que viniera sencillamente a exigir al adjudicatario que emplease a cierto número o a un porcentaje de parados o de trabajadores largo tiempo en situación de desempleo, o de jóvenes desempleados para la ejecución de las obras públicas contratadas no parecería resultar discriminatoria con respecto a los licitadores de otros Estados miembros. Todos ellos, nacionales o extranjeros, estarían obligados a contratar a personas en el paro y todos ellos tendrían las mismas oportunidades (y dificultades) para hacerlo.*
52. *Sin embargo, una cláusula que exigiera al adjudicatario emplear a un determinado número de residentes en la zona de que se tratara resultaría, a primera vista, discriminatoria. Muy probablemente las empresas locales estarían ya empleando a residentes de la zona y, en cualquier caso, conocerían a fondo el mercado local de mano de obra. A las empresas de otras localidades y, sobre todo, a otros Estados miembros les resultaría mucho más difícil emplear a residentes y tendrían que sondear el mercado laboral de la zona a partir de cero. Por consiguiente, correrían el riesgo de verse en situación de desventaja.*
53. *Entre ambos extremos se darían otras situaciones que exigirían un análisis muy detenido. Por ejemplo, la exigencia de que el adjudicatario contrate un determinado número o un porcentaje de trabajadores largo tiempo en situación de desempleo e inscritos en la oficina de empleo de la zona, cláusula semejante a la que dio lugar al asunto Beentjes, plantearía la cuestión de si su cumplimiento le resultaría más fácil a las empresas locales que a las de otros lugares. La respuesta sería negativa si las autoridades se comprometieran a facilitar la mano de obra pertinente, por ejemplo, a través de una oficina de empleo. Si se actuase conforme a los planes citados en la normativa sobre fondos estructurales o en el contexto de un proyecto financiado mediante una ayuda notificada a la Comisión, el hecho de que el plan o la ayuda se examinasen a nivel comunitario y no se plantease objeción alguna implicaría que la Comisión los habría considerado no discriminatorios, a no ser que surgiese un factor concreto que no se hubiera advertido anteriormente e inclinase la balanza en el otro sentido.*
54. *Es preciso analizar otra dimensión del problema. En el asunto Beentjes, el Tribunal de Justicia se limitó a examinar si la condición podía resultar discriminatoria frente a contratistas externos. No obstante, también puede existir discriminación frente a otros trabajadores comunitarios, y los distintos casos deben analizarse también desde este punto de vista.*
55. *Así, según la normativa en vigor, parece evidente que la compatibilidad de las condiciones contractuales con el Derecho comunitario exige un análisis individualizado. Tal afirmación es extensiva no sólo a las cláusulas relativas al desempleo, sino a cualesquiera otros ámbitos que pudiera imaginarse.*
56. *Por ejemplo, en el ámbito de la formación, la exigencia de que las empresas contraten a un determinado número o proporción de personas procedentes exclusivamente de los programas nacionales de formación parecería resultar discriminatoria frente a los participantes en programas equivalentes de otros Estados miembros, por lo que no resultaría admisible. Por otro*



*lado, la obligación de emplear trabajadores procedentes de cursos de formación, sin distinción alguna con respecto a su nacionalidad, no parecería plantear problema alguno.*

57. *En el ámbito de la igualdad de oportunidades, la obligación de contratar a un determinado número o proporción de mujeres o personas de otras categorías, con independencia de su nacionalidad, no parecería plantear problemas, aun cuando su enjuiciamiento definitivo de pendería necesariamente de la valoración de todos los datos pertinentes de cada caso concreto.*

58. *Lo mismo cabría afirmar de las cláusulas destinadas a garantizar que las empresas respetan las condiciones de empleo prevalentes cuando trabajen en localidades concretas. Todas las empresas, locales, nacionales o de otros Estados miembros, recibirán un tratamiento equitativo; ni las firmas ni los trabajadores extranjeros quedarían en situación de desventaja frente a los nativos de los Estados miembros de que se tratase. No obstante, el requisito de que todas las personas empleadas en la ejecución del contrato disfruten de las condiciones laborales propias de la localidad podría plantear problemas si se pretendiese aplicarlo asimismo a personas en otros Estados miembros. Aun cuando se trate de obras públicas, cabe la posibilidad de que algunas personas dedicadas a la ejecución del contrato trabajen fuera del territorio del Estado del organismo contratante, situación aún más común cuando se trata de contratos públicos de suministro. Resultaría difícil justificar la admisión de requisitos que permitirían a los organismos nacionales contratantes "exportar" condiciones de trabajo locales a otros Estados miembros, ya que ello provocaría conflictos intolerables legislativos y administrativos y eliminaría importantes factores de las ventajas comparativas de que disfrutaban en las empresas de Estados con costes de mano de obra inferiores, en concreto, las de regiones menos favorecidas. El Tribunal de Justicia no examinó esta cuestión en su sentencia del asunto Beentjes, por lo que debe obrarse con cautela antes de extraer conclusión alguna a este respecto.*

59. *En resumen, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Beentjes introduce una triple limitación a la posibilidad de inclusión de cláusulas contractuales:*

- *Tales condiciones contractuales deben entenderse con independencia de los criterios de adjudicación o de la valoración de la capacidad de los licitadores para llevar a cabo los trabajos;*
- *Dichas condiciones no deben infringir otros principios del Derecho comunitario, especialmente el derecho de establecimiento, la libertad de prestación de servicios y la no discriminación por motivos de nacionalidad; en la práctica, debe efectuarse un análisis individualizado;*
- *Sólo pueden aceptarse las condiciones que persigan el cumplimiento de determinados objetivos en el territorio del Estado del organismo contratante.*

c) *¿Constituyen estas cláusulas un instrumento útil de actuación?*

60. *La utilidad de las posibilidades que ofrece la sentencia del asunto Beentjes como instrumento de actuación aparece limitada de tres formas.*



61. *En primer lugar, las posibilidades de utilización de condiciones están mucho más limitadas en el ámbito de los suministros que en el de las obras públicas. Dado que los contratos de suministros suelen ejecutarse en buena medida en fábricas, resulta difícil imaginar en qué medida cabría aplicar condiciones de carácter social en la adjudicación de contratos de suministro sin que se produzca una discriminación entre proveedores nacionales y extranjeros o sin tratar de conseguir objetivos fuera del territorio del Estado del organismo contratante. Los contratos de obras, que en su mayor parte se ejecutan en el territorio del Estado del organismo contratante, permiten mayores posibilidades de cumplir los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia.*
62. *En segundo lugar, el objetivo esencial del propio contrato viene a limitar asimismo en la práctica la utilidad de esta posibilidad. En la mayor parte de los casos, el organismo contratante que tenga prevista la construcción de un edificio o de un puente normalmente deseará hacerlo de forma que pueda conseguirse la mejor construcción de la forma más eficaz y rentable. Ello limita las posibilidades de cumplimiento de otros objetivos puedan afectar adversamente al fin esencial del contrato.*
63. *En tercer lugar, la necesidad de efectuar un examen individualizado de la compatibilidad de condiciones concretas con las circunstancias de los contratos individuales limita las posibilidades de introducir tales cláusulas en los contratos. El riesgo de que uno de los licitadores recurra alguna de las cláusulas, originando un retraso y un aumento de los gastos, así como una posible merma de la eficacia, confiere excesiva incertidumbre a la utilización de este instrumento. Aun cuando dicha incertidumbre podría disminuir según se adquiriese más experiencia en el uso de este tipo de cláusulas, la situación actual exige un planteamiento particularmente cauteloso en este sentido.*
64. *No obstante, y pese a estas limitaciones, las condiciones contractuales constituyen un instrumento que, cuando existe una oferta segura de mano de obra, como sucede con los jóvenes desempleados o los parados de larga duración, puede utilizarse en el proceso de reinserción de estos últimos en el mundo de el trabajo. Dadas las dificultades inherentes a la introducción de cláusulas no discriminatorias, parece conveniente discutir las con la Comisión de antemano para que ésta pueda garantizar su legitimidad. Dichas condiciones podrían utilizarse también con otros fines, en la medida en que no los prohíba la legislación nacional, por ejemplo, para garantizar que los trabajos que se lleven a cabo en determinados lugares respeten ciertas condiciones laborales, sobre todo las habituales en la zona de que se trate."*

El llibre verd de la Comissió, de 27 de novembre de 1996, COM(96) 583 final, titulat "La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro", conté un apartat V referit a la "Contratación Pública y aspectos sociales". És interessant conèixer – en un moment en què ja es troben en vigor les directives comunitàries que en l'actualitat coordinen els procediments d'adjudicació dels contractes públics que liciten els Estats membres de la Comissió Europea – el pensament de la Comissió Europea. Els apartats 42 i 43 d'aquesta Comunicació, s'expressen en els termes següents:

*"5.42 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.*

*5.43 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."*

El llibre verd de la Comissió titulat "La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro" va ser sotmés a consulta i deliberació dels agents econòmics, socials i institucionals que intervenen en aquest sector, i la Comissió Europea va rebre al voltant de tres-centes observacions. Fruit d'aquesta deliberació la Comissió formula una nova Comunicació l'11 de març de 1998, COM(98) 143, amb el títol de "La Contratación Pública en la Unión Europea". En l'apartat 2.1.3 la Comissió reconeix la conveniència d'adoptar una Comunicació interpretativa sobre les condicions en les quals els criteris socials puguin ser tinguts en compte en la contractació pública. En l'apartat 4.4 "Contratación Pública y aspectos sociales" la Comissió reitera la seva posició sobre el tema en els mateixos termes en els quals es manifestava al menys des del 1989. En aquest apartat es diu textualment:

*"De este modo existe un abanico de posibilidades que pueden tenerse en cuenta para conseguir objetivos sociales en las compras realizadas por la Administración Pública:*

- Las normas de las directivas sobre contratación pública permiten excluir a los candidatos que violan la legislación en materia social, incluyendo las relacionadas con la promoción de la igualdad de oportunidades.*
- Una segunda posibilidad consiste en tomar como condición de ejecución de contratos públicos ya adjudicados, el respeto de obligaciones de carácter social, que tenga como objeto, por ejemplo, promover el empleo femenino o apoyar a ciertas categorías desfavorecidas. Es evidente que sólo se permiten las condiciones de ejecución que no discriminen, directa o indirectamente, a los licitadores provenientes de otros Estados miembros. Por otro lado se debe asegurar una transparencia adecuada, mencionando estas condiciones en el anuncio y en las condiciones generales de contratación."*

La proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de subministrament, de serveis i



d'obres, COM(2000) 275 final/2, de 20 d'agost de 2000, en el seu considerant 22, s'expressa en els termes següents:

*"22 Las condiciones de ejecución del contrato son compatibles con la Directiva, siempre y cuando no discriminen directa o indirectamente a los licitadores provenientes de otros Estados miembros y siempre que se anuncien obligatoriamente en el anuncio de licitación. En concreto, pueden tener por objeto favorecer el empleo de personas desfavorecidas o excluidas o combatir contra el paro."*

La Comissió ha tingut oportunitat d'analitzar algunes estipulacions dels Estats membres en les quals es reflectien "clàusules socials" en les licitacions públiques respectives. Així, la Comissió respon, en data 9 d'abril de 1999, que el Decret 213/1998, de 17 de desembre, de la Comunitat Autònoma de Madrid (que estableix l'obligació que en l'adjudicació dels contractes s'adopti com a criteri d'adjudicació la creació o el manteniment d'ocupació estable i que aquest criteri haurà de tenir un pes ponderat del 20%), "podria vulnerar els principis en els quals es basa el mercat interior" (veure DOCE de 29 de novembre de 1999, sèrie C 341). Novament, en data 4 de febrer de 2000, la Comissió respon una pregunta que se li formula sobre el Decret 213/1998 de la Comunitat Autònoma de Madrid, i manifesta que *"la Comisión debe recordar que, teniendo en cuenta el actual ordenamiento jurídico, es difícil admitir criterios de adjudicación relacionados con la estructura de la empresa en lugar de la calidad de la oferta"*. (DOCE de 8 d'agost de 2000, sèrie C 225 E).

També la Comissió manifestà la seva intervenció, davant la regulació en el Codi francès dels contractes públics, d'una reserva automàtica d'un 25% de la contractació pública de l'Estat Francès i de les col·lectivitats locals, a les societats cooperatives obreres de producció (veure DOCE de 29 de gener de 2000 sèrie C 27 E).

## **2. Els plantejaments del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (TJCE).**

El TJCE ha dictat diverses sentències en les quals ha tingut oportunitat de valorar l'adequació a l'ordenament jurídic comunitari de la inclusió de clàusules socials en els contractes públics. Com s'ha analitzat anteriorment, una de les sentències més significatives és la dictada en data 20 de setembre de 1988, en l'assumpte 31/87, Gebroeders Beentjes BV i Països Baixos. Posteriorment, en sentència de data 20 de març de 1990, assumpte C-21/88, el Tribunal manifestà (considerant 14) que una normativa nacional que reserva a les empreses establertes en determinades regions del territori nacional un percentatge dels contractes públics de subministraments té caràcter discriminatori.

La recent sentència del TJCE de 26 de setembre de 2000, assumpte C-225/98, no s'ha posicionat de forma clara davant la possibilitat que una clàusula social relativa a accions locals de lluita contra l'atur pugui ser considerada un criteri d'adjudicació contractual. En tot cas, ha manifestat (considerant 51 de l'esmentada sentència) que *"un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el paro ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación, para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición"*.



De tot el que s'ha exposat fins el moment es pot concloure que, en l'àmbit comunitari, tant la Comissió Europea com el TJCE coincideixen que la incorporació de clàusules socials en els contractes públics ha de ser considerada com una condició d'execució contractual que haurà de fer l'empresa adjudicatària. Les clàusules socials no poden ser (d'acord amb les directives comunitàries reguladores de l'adjudicació dels contractes públics) considerades ni com un element definidor de la capacitat de les empreses ni com un criteri d'adjudicació contractual.

### **3. Les clàusules socials en la Llei de contractes de les administracions públiques.**

El legislador estatal no ha incorporat en la Llei de contractes de les administracions públiques una regulació concreta sobre aquesta qüestió. Exclusivament, la disposició addicional vuitena del Reial decret legislatiu 2/2000, per el qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, "contractació amb empreses que tinguin en la seva plantilla minusvàlids i amb entitats sense ànim de lucre" preveu una "preferència" en l'adjudicació dels contractes a favor de les empreses que en el moment d'acreditar la seva solvència tècnica tinguin en la seva plantilla un nombre de treballadors minusvàlids no inferior al 2%. Aquesta "preferència" no és un criteri d'adjudicació en el sentit estricte, és a dir, en el sentit de l'article 86 LCAP, sinó que representa un criteri de definició per fer una proposta d'adjudicació, en el supòsit que després d'aplicar els criteris d'adjudicació, es produeixi una igualtat de mèrits entre diverses ofertes.

Aquesta "preferència" en l'adjudicació dels contractes en les mateixes condicions que abans s'han descrit es pot utilitzar a favor de les proposicions presentades per les entitats sense ànim de lucre i tan sols en els contractes relatius a prestacions de caràcter social o assistencial (apartat 2 de l'esmentada disposició addicional vuitena LCAP).

D'acord amb les consideracions abans expressades i atenent el marc normatiu i jurisprudencial, tant comunitari com estatal, es recomana que la inclusió de clàusules socials en la contractació administrativa de la Generalitat de Catalunya s'articuli amb els criteris següents:

- 1.** No suposar un criteri selectiu de les empreses en la fase de licitació pública, ni en l'acreditació de capacitat i solvència, ni com un criteri d'adjudicació.
- 2.** Ha de ser considerada una condició d'execució contractual que estableix l'administració contractant i que haurà de complir necessàriament l'empresa adjudicatària.
- 3.** No tenir efectes discriminatoris. En la mesura que la clàusula social és una estipulació d'execució contractual, l'efectiva aplicació d'aquesta condició no ha de suposar una desigualtat de tracte per a les empreses que es responsabilitzen en dur-la a terme. El propi òrgan de contractació o l'administració a la qual pertany hauran de facilitar els mitjans per possibilitar, en igualtat de condicions, l'execució de l'esmentada clàusula.



4. Ser articulada de forma proporcional per tal de respectar el principi de llibertat en l'oferiment d'una oferta o proposició autònoma de cada empresa i per garantir la correcta execució de l'objecte del contracte públic que és l'interès inicial públic i preferent que motiva i que és causa del contracte públic.

5. Ser comunicada en l'anunci de licitació pública del contracte.

Barcelona, 5 d'abril de 2001