

INFORME 4/02, de 27 de junio de 2002

DECRETO DE MEDIDAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS DE APOYO A LA ESTABILIDAD Y A LA CALIDAD DEL EMPLEO.

ANTECEDENTES

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Trabajo y Formación se dirige a esta Junta Consultiva solicitando el informe preceptivo al borrador del Decreto de medidas en la contratación administrativa de la CAIB de apoyo a la estabilidad y la calidad del empleo.

Del texto aportado que consta de una exposición de motivos, seis artículos, una disposición derogatoria y otra final conviene transcribir, a los efectos de este informe los siguientes apartados, siendo el resto del Decreto meras regulaciones procedimentales:

“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 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, 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.

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”.

Por su parte el apartado 3 del mismo artículo dispone que *“a los criterios objetivos del empleo, en su conjunto, se le atribuirá en todo caso una ponderación del 20% del total de la baremación.”*

“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, o el cumplimiento de las medidas previstas en el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero de medidas alternativas”.

“Artículo 5. Medidas de contratación referentes a la obligación del cumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

1. En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, los órganos de contratación incluirán, entre las obligaciones del contratista una relativa al mejor cumplimiento de la obligación empresarial en materia de prevención de riesgos laborales, durante la vigencia del contrato, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, como una condición más de calidad”

“Artículo 6. 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”.

Se adjunta copia del Decreto 213/1998 de la Comunidad de Madrid, cuyo contenido es muy parecido al borrador que se somete a informe.

También se acompaña copia del dictamen del Consejo de Estado, de fecha 4 de junio de 1998, sobre el Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, del que trae causa el citado Decreto de la Comunidad de Madrid.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

Se cumplen todos los requisitos de admisibilidad al efectuarse la solicitud por quien tiene competencia para ello y realizarse en la forma prevista en el Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta y en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de

Gobierno de 10 de octubre de 1997 (BOCAIB nº 133, de 25-10-1997), considerando que el informe de la Secretaría General Técnica a que se refiere el apartado 4 del artículo 16 del citado Reglamento, queda subsumido en el propio escrito de solicitud y en los argumentos contenidos en el preámbulo del borrador del Decreto, así como en el informe del Consejo de Estado que se acompaña.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. El proyecto de norma que se somete al parecer de esta Junta Consultiva, por imperativo del art. 2.1.a) del Decreto 20/1997, que la creó, constituye, en esencia, una adaptación al ámbito Balear del Decreto 213/1998 que, para la Comunidad Autónoma de Madrid, regula la inclusión de medidas de carácter social, concretamente de apoyo a la estabilidad y calidad del empleo, en la contratación administrativa.

Los aspectos sociales en la contratación de las Administraciones han sido objeto de análisis por parte de esta Junta Consultiva, en su informe 16/01, cuyo contenido es plenamente trasladable y aplicable al proyecto de Decreto que ahora nos ocupa y del que conviene reproducir la consideración jurídica SEGUNDA por su íntima relación con el presente informe.

“ La cuestión sobre la posibilidad de utilizar criterios de utilidad social en la adjudicación de contratos, cuando el procedimiento seguido sea el de concurso, ha sido materia ampliamente tratada y debatida en diferentes foros al aparecer en aparente dicotomía los principios inspiradores de la contratación pública, que se contienen en las Directivas dictadas sobre la materia, con los fines perseguidos igualmente por las Directivas que tratan los aspectos sociales y la protección de los derechos de los trabajadores.

Sobre este particular se han pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, (asunto C-31/87- Beentjes B.V.), la Comisión de la Comunidad Europea, (comunicación de 11 de marzo de 1998, completada por la muy reciente de 15 de octubre de 2001), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, (informe 44/98, entre otros), y la Junta Consultiva de la Generalitat de Cataluña, (recomendación 1/2001, de 5 de abril), por no hacer una cita más exhaustiva.

La doctrina que se desprende de los antecedentes citados, que abordan el problema con gran amplitud de exposición y desde multitud de ángulos, y a los que nos remitimos para una mejor comprensión global del tema, puede resumirse en tres ideas principales:

1ª) Los criterios de adjudicación sólo pueden estar basados en aspectos referidos a la propia oferta y al objeto posible del contrato.

El artículo 86 de la LCAP señala que los criterios que han de servir de base para la adjudicación de los concursos, han de ser objetivos y enumera, de forma enunciativa, el precio, 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, ninguno de los cuales se refiere a cosa distinta de la propia oferta.

En el mismo sentido, y de donde trae causa el art. 86 de la LCAP, se pronuncian las Directivas sobre contratos públicos (art. 36 de la Directiva 92/50/CEE, art. 26 de la Directiva 93/36/CEE, art. 30 de la Directiva 93/37/CEE y art. 34 de la Directiva 93/38/CEE), que citan a título de ejemplo criterios tales como el precio, plazo de ejecución, costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico, las calidades, características estéticas y funcionales, la asistencia, etc...

La Comisión Europea, en la comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001 dice que:

“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 o a sus condiciones de ejecución”.

2ª) La persecución de objetivos sociales tiene reconocimiento en el ámbito de la contratación administrativa en otros momentos procedimentales distintos al del establecimiento de los criterios de adjudicación.

Así, ya en la fase de elección del objeto del contrato, el órgano de contratación goza de una oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales, (por ejemplo: contratos con especificaciones técnicas destinados a personas discapacitadas, como anchura de pasillos y puertas, aseos adaptados, rampas de acceso, o un contrato de formación destinado a desempleados de larga duración, o un contrato de compra de material o servicios informáticos adaptados a las necesidades de personas discapacitadas),

respetando siempre que el objeto del contrato no se defina de tal forma que se restrinja el acceso al mismo a empresas de un solo Estado en detrimento de otros Estados miembros de la Comunidad Europea.

En la fase de selección de los licitadores se han de tener en cuenta aspectos sociales, como lo es la acreditación de estar al corriente de las obligaciones de seguridad social, o la exclusión de cualquier licitador que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a la seguridad social o a los derechos de los trabajadores, o haber sido sancionado por infracciones en materia de integración laboral de minusválidos, o en materia social (art. 20 de la LCAP -apartados a, c, f-).

También, en esta fase selectiva, en concreto, en el momento de acreditar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores, se puede exigir una determinada experiencia o conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos en contratos que requieran unas aptitudes específicas en materia social (ej: experiencia específica en materia de gestión de una guardería, o de servicios de formación para desempleados de larga duración).

3ª) La posibilidad de imponer el cumplimiento de determinados objetivos sociales puede venir por la vía de una condición de ejecución del contrato establecida en las cláusulas contractuales.

Los órganos de contratación tienen la posibilidad de definir cláusulas contractuales que determinarán la forma de ejecución del contrato. Ahora bien, estas cláusulas no pueden tener un efecto discriminatorio directo o indirecto y “deben ajustarse a todas las normas procedimentales de las Directivas, y, en concreto, a los relativos a la publicidad. No pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse tampoco a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica o a los criterios de adjudicación. En este sentido, la cláusula contractual es independiente de la evaluación de la capacidad de los licitadores para realizar los trabajos y de los criterios de adjudicación”, como dice la Comisión Europea en la citada comunicación de 15-10-2001, que también añade que “estas condiciones deberán mencionarse en el anuncio del contrato, a fin de que todos los candidatos o licitadores tengan conocimiento de ellas”.

La Comisión cita como ejemplos de cláusulas contractuales en materia social que los órganos de contratación podrían imponer al titular del contrato, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, los siguientes:

- *“La obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la 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 O.I.T., en el supuesto de que éstos 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”.*

Cabe insistir en que tales condiciones impuestas al adjudicatario no pueden suponer una discriminación o constituir una restricción injustificada, dado que, por ejemplo, en un contrato de suministro resulta difícil imaginar este tipo de cláusulas que, referidas al modo de ejecución, requieran una adaptación de la organización, estructura o política de una empresa ya establecidas, lo que lleva a hacer un análisis concreto de cada supuesto contractual para delimitar si se dan o no las circunstancias que permitan fijar las condiciones contractuales de orden social sin incurrir en causas de discriminación”.

SEGUNDA. El texto del artículo 2, apartados 1 y 3, del proyecto de Decreto, (transcripción literal del art. 3 del Decreto de la Comunidad de Madrid) se encuentra en la actualidad cuestionado por la Comisión de las Comunidades Europeas, en Dictamen Motivado, remitido el 8 de febrero de 2002, a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (infracción nº 1998/5040), cuya parte dispositiva dice:

**“POR TODO LO CUAL
LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

después de haber ofrecido al gobierno del Reino de España la posibilidad de presentar sus observaciones por carta de emplazamiento de 12 de abril de 2000 (ref. SG(2000),D/103090) y teniendo en cuenta la respuesta del Gobierno español de 13 de julio de 2000 (ref.SG(2000)A/09019),

EMITE EL SIGUIENTE DICTAMEN MOTIVADO

de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 226 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

que, al prever en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, que los poderes adjudicadores de dicha Comunidad Autónoma incluyan en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares

de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso uno o varios criterios relativos al empleo, criterios que se evaluarán para determinar la oferta más ventajosa económicamente, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, en particular, con arreglo a los artículos 36 de la directiva 92/50/CEE, 26 de la directiva 93/36/CEE y 30 de la Directiva 93/37/CEE, modificadas por la Directiva 97/52/CE, así como el artículo de la Directiva 93/38/CEE, modificada por la Directiva 98/04/CE.

En aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 226 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión invita al Reino de España a que adopte las medidas requeridas para ajustarse al presente dictamen motivado en un plazo de dos meses a partir de la recepción del mismo.

Hecho en Bruselas el 20-X-2001 ”

Conviene transcribir también algunos párrafos de los fundamentos de derecho, que constituyen la parte argumentativa del Dictamen Motivado y que son coincidentes con el parecer de esta Junta Consultiva:

“No cabe duda de que los objetivos que persigue la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la promoción del empleo estable no sólo son loables, sino que se adecuan perfectamente a la política social comunitaria. Lo que la Comisión objeta no es el fin, sino el medio. Las directivas comunitarias sobre contratación pública y las disposiciones del Tratado aplicables en la materia se integran en el marco de la realización del mercado interior: sus objetivos son, por una parte, optimizar la gestión de las compras públicas, tratando de obtener la mejor relación calidad-precio y, por otra, garantizar una competencia efectiva y unas condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas. Las directivas que rigen la contratación pública no han sido por tanto concebidas como instrumentos de la política social, que tiene otros medios de los que servirse. Ello se refleja en el articulado actual de las directivas, que sólo admiten las dos formas de adjudicación descritas más arriba, sin que quepa incluir entre los criterios de adjudicación ninguna consideración ajena a la prestación concreta de que se trate.”

...

“En cualquier caso, El Derecho comunitario de contratación pública ofrece todo un abanico de posibilidades para integrar aspectos sociales y, por lo tanto, para hacer política social con ocasión de las licitaciones. Estas posibilidades, que se extienden a lo largo del procedimiento de adjudicación, se recogen en la Comunicación mencionada de 15 de octubre de 2001. Ahora bien, a la hora de determinar la oferta económicamente más ventajosa (fase de adjudicación), aparte del criterio adicional de desempate desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según la Comunicación solo podrán utilizarse los aspectos sociales que impliquen para

el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato.”

...

“Como ya aclaró en su Comunicación de 15 de octubre de 2001, la Comisión considera que la determinación de la oferta más ventajosa económicamente responde, en las directivas sobre contratación pública, a criterios relacionados con la prestación concreta de que se trate, sin que quepan consideraciones relacionadas con “la economía en general”. La Comunicación dice explícitamente que “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 o a sus condiciones de ejecución.” Y añade lo siguiente. “Por el contrario, los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores, 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 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 incompatibles 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, la Comisión considera que los criterios relativos a la cualificación o a la formación de los recursos humanos de una empresa deberían considerarse, en su caso, para apreciar la capacidad técnica de ésta en la fase de selección de los contratistas, pero nunca en el momento de determinar la oferta más ventajosa económicamente.”

En cualquier caso, la Comisión desea precisar que, según la jurisprudencia “Beentjes”, “tal requisito (emplear a trabajadores en paro prolongado) no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato(...)”. En consecuencia, las condiciones relativas al empleo tampoco pueden admitirse como criterios de selección de los contratistas, puesto que no se refieren a su capacidad técnica, económica o financiera. Sólo en el supuesto de que licitadores hubieran

violado alguna legislación en materia social y que esta violación constituyera una falta profesional grave o un delito que afectara a la moralidad profesional podría descartarse a los mismos del procedimiento de adjudicación.”

...

“En las conversaciones mantenidas con los servicios de la Comisión, las autoridades españolas indicaron además que al menos dos de las medidas previstas por el Decreto, a saber, las que se describen en las letras c) y d), podían considerarse condiciones de ejecución del contrato, puesto que se valoran sobre la base de un documento que recoge el compromiso del licitador de ejecutar el contrato con asalariados de la empresa (letra c) o el compromiso de nuevas contrataciones para ejecutar el contrato (letra d).

Ahora bien, éste argumento no tiene en cuenta el hecho de que los criterios de las letras c) y d), al igual que los de las letras a) y b), se califican al evaluar las ofertas, puesto que se puede atribuir una puntuación de hasta un 20% del total de la baremación a los licitadores que los cumplan. Por consiguiente, estos criterios no actúan como condiciones de ejecución, sino como criterios de adjudicación del contrato, lo que, según la Comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001, no es admisible.

Por todo ello, la Comisión considera que el argumento de las autoridades españolas según el cual dos de los criterios en cuestión serían realmente condiciones de ejecución del contrato no puede ser aceptado”.

Normalmente al Dictamen Motivado que no es atendido por el Estado miembro de la CE al que se dirige, le sigue una demanda ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, quien será, en definitiva, el que dirima la discrepancia. Por tanto, no parece que sea el mejor momento para la promulgación de una norma que prácticamente se podría considerar “*sub iudice*”, sin perjuicio del criterio, ya apuntado, de esta Junta Consultiva acorde a los planteamientos de la Comisión a luz de las Directivas vigentes en materia de Contratación Administrativa.

TERCERA. Las medidas definidas en los artículos 4, 5 y 6 del proyecto de Decreto, no son sino una reiteración de las obligaciones que sobre cada una de las materias tratadas impone su específica legislación, por lo que no aportan más novedad que la de su plasmación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, lo cual se puede conseguir mediante otros instrumentos jurídicos, como es el caso de los Modelos-Tipo de Pliegos, donde se pueden reflejar, con carácter general para ser utilizados por todos los órganos de contratación, tales obligaciones y la forma y efectos de su cumplimiento.

El propio proyecto de Decreto se encarga de decir cual es la Norma legal de la que dimana la correspondiente medida, salvo el caso del artículo 6 que trata de los desempates a favor de la empresa que tenga en plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%, circunstancia que viene regulada en la Disposición adicional octava del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, donde además, se contempla otra referida a la preferencia de las entidades sin ánimo de lucro en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, que no se recoge en el proyecto de Decreto.

CONCLUSIÓN.

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 y el Decreto de la Comunidad de Madrid, del que constituye copia exacta, se encuentra cuestionado por la Comisión de las Comunidades Europeas, en Dictamen Motivado dirigido al Reino de España.
- b) Las otras medidas que se contienen en el Decreto, aunque también esenciales al fin perseguido, carecen de novedad al ser una mera transcripción de las normas legales vigentes sobre la materia, cuya transposición al terreno práctico del texto de los pliegos, cuando no sean de imperativo cumplimiento, puede obtenerse por otra vía.