

## **INFORME 16/01, de 29 de noviembre de 2001**

### **CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EN LOS CONCURSOS. POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE CARÁCTER SOCIAL, COMO “PORCENTAJES DE TRABAJADORES CON CONTRATO INDEFINIDO” O “PERSONAL CON DISCAPACIDAD”. PREFERENCIAS DE CONTRATACIÓN CON EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL.**

#### **ANTECEDENTES**

Por la Presidenta del Consell Insular de Menorca se dirige escrito a la Junta Consultiva del siguiente tenor:

*“La materialización de los principios y valores de aspecto social previstos en la Constitución Española en los diferentes ámbitos de la actuación administrativa, constituyen uno de los objetivos prioritarios de éste Consell Insular de Menorca.*

*El ámbito de la contratación administrativa constituye uno de los más idóneos para la promoción de estos principios por parte de la Administración, ya que supone la participación de un particular en tareas inicialmente atribuidas a los poderes públicos.*

*La forma de materializarlos en el marco del expediente de contratación podría ser la introducción de criterios para adjudicar los contratos que den ventaja a aquellas empresas que demuestren el cumplimiento de estos.*

*De esta manera si el objetivo concreto de un expediente de contratación es escoger la oferta mas ventajosa para la Administración, el respeto e incluso la mejora de estos valores sociales podía ser uno de los parámetros objetivos que determinen esta ventaja, si así se estableciera con carácter previo en el pliego de condiciones que regula la contratación.*

*En este mismo sentido el Síndic de Greuges de Cataluña, muy recientemente (verano 2001), ha recomendado al Ayuntamiento de Barcelona y a la Generalitat de Cataluña que incorporen cláusulas sociales como condiciones de ejecución de los contratos públicos y como criterios para su adjudicación*

*Por este motivo, y de conformidad con lo que establece el Decreto 147/2000. de noviembre*

**SOLICITO**

*La emisión de informe por parte de la Junta consultiva de Contratación Administrativa en relación con la legalidad del siguiente aspecto:*

*Posibilidad de incluir, en las contrataciones en que el procedimiento de adjudicación sea el concurso, criterios de adjudicación que atribuyan una puntuación en función del cumplimiento de determinados valores de aspecto social, como son: mayor porcentaje de trabajadores con contratos indefinidos; mayor porcentaje de personal discapacitado en plantilla, y preferencia en la contratación de empresas de economía social siempre que sean idóneas para la ejecución del objeto del contrato.”*

## **PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD**

1º) El requisito de la legitimación activa se cumple al quedar abierta la posibilidad de que los presidentes de los Consells Insulars y de los Ayuntamientos puedan formular preguntas a la Junta Consultiva, por el Decreto 147/2000, de 10 de noviembre (BOIB nº 141, de 18-11-2000), en su Disposición Adicional Segunda.

2º) A la solicitud no acompaña un informe jurídico como exige el art. 16.3, del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997 (BOCAIB Nº133, de 25-10-97). No obstante, al contener la propia solicitud las argumentaciones jurídicas suficientes para la determinación de la duda suscitada, se tiene por cumplido el requisito.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** Dos son las cuestiones planteadas por la Presidenta del Consell Insular de Menorca. De una parte, se refiere a la posibilidad de incluir en los concursos criterios de adjudicación en función del cumplimiento por los licitadores de aspectos de carácter social, tales como “*mayor porcentaje de trabajadores con contrato indefinido*” o “*mayor porcentaje de personal con discapacidades en plantilla*”. Y, de otra parte, pregunta sobre la concesión de preferencias en la contratación a empresas de economía social.

Ambas cuestiones aunque persigan un mismo fin social como se dice en la exposición que precede a la concreta solicitud de la peticionaria de informe, han de tratarse por separado, pues no tienen el mismo grado de incidencia a la hora de producir el resultado de las licitaciones ni se contemplan de forma uniforme en la legislación, tanto nacional como europea.

Invirtiendo el orden del planteamiento, analizando antes la preferencia de contratación para las empresas de economía social, cabe afirmar que cualquier trato preferente, que necesariamente implica favorecimiento de una empresa en detrimento de otras, está proscrito tanto por la normativa europea referida a la contratación administrativa como también por la legislación nacional, que no es sino transposición de aquélla.

El art. 11.1, del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), dice que *“Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación”*.

La Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en el art. 3.2 dispone que *“Las entidades adjudicadoras velarán porque no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios”*.

Las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, referidas a los contratos de suministro y de obras respectivamente, que, en principio, no tenían un precepto similar, fueron modificadas por la Directiva 97/52/CEE, que introdujo sendos textos, en nuevos apartados del art. 5 y del art. 6, de cada una de ellas, del siguiente tenor:

*“Los poderes adjudicadores velarán porque no exista discriminación entre los distintos proveedores”*.

*“Los poderes adjudicadores velarán porque no exista discriminación entre los distintos contratistas”*.

Queda patente la intención del legislador, tanto europeo como nacional, de evitar cualquier trato discriminatorio, el cual, aunque persiga una finalidad de carácter social, es evidente que se produciría admitiendo una preferencia en favor de las empresas que revistieran una determinada forma jurídica, cual sería una empresa de economía social que opera en el mercado en igualdad con las demás.

La excepcionalidad que permitiese la existencia de alguna fórmula preferencial sólo la encontramos, en el ámbito nacional, en la Disposición adicional octava de la LCAP, donde, con carácter muy limitado, se contempla la posibilidad de establecer una preferencia en la adjudicación de contratos a favor de entidades sin ánimo de lucro o de empresas que, en el momento de acreditar su

solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2% de su plantilla. Pero esta preferencia sólo es posible en el caso de que tales empresas iguallen en sus proposiciones a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación. Esta preferencia limitada cabe, pues, a favor de cualquier empresa, sea de economía social o no, siempre que tenga dicho porcentaje de minusválidos en plantilla.

En el ámbito europeo, el apartado 3, del art. 30, de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, excepcionalmente permite que los criterios en que se base el poder adjudicador para la adjudicación de los contratos puedan ser distintos del “precio más bajo” o de “la oferta más ventajosa”, sólo cuando sea “.... con arreglo a una normativa vigente en el momento de adoptar la presente directiva, que tenga por objeto que algunos licitadores tengan preferencia con la condición de que la normativa invocada sea compatible con el Tratado”

No consta a esta Junta que en España, existiera tal normativa excepcional a la fecha de la Directiva, sin perjuicio de que la misma, de existir, habría de ser compatible con el tratado, lo que, obviamente, en su caso, deberían determinar, en última instancia, los Tribunales.

Consecuentemente, mientras no varíen las disposiciones reguladoras de la materia, habrá que estar a los principios de no discriminación y concurrencia.

**SEGUNDA.\_** 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 son 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.

## **CONCLUSIÓN**

Sin perjuicio de las posibilidades de persecución de fines de aspecto social que se contienen en las consideraciones jurídicas del presente informe, esta Junta Consultiva, respecto de las concretas preguntas efectuadas por el Consell Insular de Menorca, entiende lo siguiente:

1º) Que en los concursos no pueden figurar como criterios de adjudicación aquellos que atribuyen una puntuación en función del cumplimiento de determinados valores de carácter social como *“el mayor porcentaje de*

*trabajadores con contrato indefinido” o “mayor porcentaje de personal con discapacidad”.*

2º) Que conforme al actual marco normativo no puede otorgarse preferencia alguna para contratar a las empresas de economía social, salvedad hecha de lo que dispone la Disposición adicional octava de la LCAP para el caso de igualdad en las proposiciones y siempre que la empresa de economía social cumpla el requisito del porcentaje de minusválidos en plantilla.