

## **INFORME 4/02, DE 27 DE JUNY DE 2002**

### **DECRET DE MESURES EN LA CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS DE SUPORT A L'ESTABILITAT I A LA QUALITAT DE L'OCUPACIÓ**

#### **ANTECEDENTS**

La Secretaria General Tècnica de la Conselleria de Treball i Formació s'adreça a aquesta Junta Consultiva sol·licitant l'informe preceptiu a l'esborrany del Decret de mesures en la contractació administrativa de CAIB de suport a l'estabilitat i a la qualitat de l'ocupació.

Del text aportat –que consta d'una exposició de motius, sis articles, una disposició derogatòria i una disposició final–, convé transcriure'n, als efectes d'aquest informe, els apartats següents, ja que la resta del Decret conté només regulacions procedimentals:

#### **Article 2**

##### ***Criteris objectius d'adjudicació en relació amb l'ocupació***

*1. En els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes que s'hagin d'adjudicar mitjançant concurs, a més dels criteris objectius que s'estableixen d'acord amb el previst en l'article 86 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, de contractes de les administracions públiques, s'han d'incloure necessàriament un o diversos dels criteris següents relatius a l'ocupació, atenent les característiques específiques de l'objecte de cada contracte:*

*a) Estabilitat de la plantilla de l'empresa referida al manteniment o a l'increment del nombre de treballadors amb contracte indefinit durant l'any anterior a la data de presentació de la proposició.*

*b) Percentatge de treballadors amb contracte indefinit en la plantilla de l'empresa en el moment de presentar la proposició, respecte del total dels treballadors de l'empresa.*

*c) Percentatge de treballadors de la plantilla de l'empresa afectes a l'execució directa de l'objecte del contracte.*

*d) Noves contractacions de treballadors vinculades a l'execució de l'objecte del contracte.*

*Als efectes de valoració dels criteris objectius d'ocupació, en el cas d'empresaris individuals s'ha de tenir en compte, així mateix, l'alta en el règim especial de treballadors autònoms.*

D'altra banda, l'apartat 3 d'aquest article disposa que “s'ha d'atribuir en tot cas als criteris objectius de l'ocupació, en conjunt, una ponderació del 20% del total de la baremació.”

#### **Article 4**

##### ***Mesures de contractació amb empreses que estiguin obligades a tenir en la plantilla treballadors minusvàlids***

*1. En els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes, els òrgans de contractació, entre les obligacions del contractista, n'han d'incloure una relativa al*

*compliment de l'obligació de tenir empleats, durant la vigència del contracte, treballadors minusvàlids, almenys, en un 2 per 100 de la plantilla de l'empresa, si aquesta assoleix un nombre de 50 o més treballadors i el contractista està subjecte a aquesta obligació, d'acord amb l'article 38.1 de la Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'integració social de minusvàlids, o el compliment de les mesures previstes en el Reial decret 27/2000, de 14 de gener, de mesures alternatives.*

#### **Article 5**

##### **Mesures de contractació referents a l'obligació del compliment de la Llei de prevenció de riscos laborals**

*1. En els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes, els òrgans de contractació, entre les obligacions del contractista, n'han d'incloure una relativa al millor compliment de l'obligació empresarial en matèria de prevenció de riscos laborals, durant la vigència del contracte, d'acord amb l'article 24 de la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals, com una condició més de qualitat.*

#### **Article 6**

##### **Contractació amb empreses que tinguin treballadors minusvàlids**

*Els òrgans de contractació han d'establir en els plecs de clàusules administratives particulars la preferència en l'adjudicació dels contractes per a les proposicions presentades per les empreses que, sense estar subjectes a l'obligació a què es refereix l'article 4 d'aquest Decret, en el moment d'acreditar la solvència tècnica tinguin en la seva plantilla un nombre de treballadors minusvàlids no inferior al 2 per 100, sempre que aquestes proposicions igualin en els seus termes les més avantatjoses després d'aplicar el criteri preu en les subhastes i els criteris objectius establerts per a l'adjudicació en els concursos. A aquests efectes, les empreses han d'acreditar aquesta circumstància presentant contractes de treball i documents de cotització en la Seguretat Social.*

S'adjunta còpia del Decret 213/1998 de la comunitat de Madrid, el contingut del qual és molt semblant al de l'esborrany que se sotmet a informe.

També s'acompanya una còpia del dictamen del Consell d'Estat, de data 4 de juny de 1998, sobre l'Acord marc per donar suport a l'estabilitat i a la qualitat del treball, del qual du causa el Decret esmentat de la comunitat de Madrid.

## **PRESSUPOSTS D'ADMISSIBILITAT**

Es compleixen tots els requisits d'admissibilitat, ja que efectua la sol·licitud qui té competència per fer-ho, i ho fa de la manera que preveu el Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta, i el Reglament d'organització i funcionament de la Junta esmentada, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997), atès que l'informe de la Secretaria General Tècnica a què es refereix l'apartat 4 de l'article 16 del Reglament esmentat queda sotmès al mateix escrit de sol·licitud i

als arguments que conté el preàmbul de l'esborrany del Decret, com també a l'Informe del Consell d'Estat que s'acompanya.

## CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

**PRIMERA.** El Projecte de norma que se sotmet al parer d'aquesta Junta Consultiva, per imperatiu de l'art. 2.1.a del Decret 20/1997, que la va crear, constitueix, en essència, una adaptació a l'àmbit balear del Decret 213/1998 que, per a la comunitat autònoma de Madrid, regula la inclusió de mesures de caràcter social –concretament de suport a l'estabilitat i a la qualitat de l'ocupació– en la contractació administrativa.

Els aspectes socials en la contractació de les administracions han estat objecte d'anàlisi per part de aquesta Junta Consultiva en l'Informe 16/01, el contingut del qual és plenament traslladable i aplicable al Projecte de decret que ara ens ocupa i del qual convé reproduir la consideració jurídica segona, per la íntima relació que presenta amb aquest Informe:

*“La qüestió sobre la possibilitat d'utilitzar criteris d'utilitat social en l'adjudicació de contractes quan el procediment seguit sigui el de concurs ha estat matèria àmpliament tractada i debatuda en diferents fòrums, en aparèixer en dicotomia aparent els principis inspiradors de la contractació pública, que estan continguts en les directrius dictades sobre la matèria, amb els fins perseguits igualment per les directrius que tracten els aspectes socials i la protecció dels drets dels treballadors.*

*Sobre aquest particular s'han pronunciat el Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (assumpte C-31/87–Beentjes BV), la Comissió de la Comunitat Europea (Comunicació d'11 de març de 1998, completada per la recent de 15 d'octubre de 2001), la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat (Informe 44-98, entre d'altres), i la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya (Recomanació 1/2002, de 5 d'abril), per esmentar només alguns exemples.*

*La doctrina que es desprèn dels antecedents esmentats, que aborden el problema amb gran amplitud d'exposició i des de multitud d'angles, i als quals ens remetem per a una millor comprensió global del tema, es pot resumir en tres idees principals:*

- 1) Els criteris d'adjudicació només poden basar-se en aspectes referits a la mateixa oferta i a l'objecte possible del contracte.**

*L'article 86 de l'LCAP assenyala que els criteris que han de servir de base per a l'adjudicació dels concursos han de ser objectius, i enumera, de manera enunciativa, el preu; la fórmula de revisió, si n'és el cas; el termini d'execució o de lliurament; el cost d'utilització; la qualitat; la rendibilitat; el valor tècnic; les característiques estètiques o funcionals; la possibilitat de*

*recanvis; el manteniment; l'assistència tècnica; el servei de postvenda, i altres de semblants. Tots aquests criteris es refereixen només a l'oferta.*

*En el mateix sentit, i d'on dimana l'art. 86 de l'LCAP, es pronuncien les directrius sobre contractes públics (art. 36 de la Directriu 92/50/CEE, art. 26 de la Directriu 93/36/CEE, art. 30 de la Directriu 93/37/CEE, i art. 34 de la Directriu 93/38/CEE), que citen a títol d'exemple criteris com el preu, el termini d'execució, el cost d'utilització, la rendibilitat, el valor tècnic, les qualitats, les característiques estètiques i funcionals, l'assistència, etc.*

*La Comissió Europea, en la Comunicació interpretativa de 15 d'octubre de 2001, diu que:*

*“La característica comuna als criteris utilitzats per valorar les ofertes, com també als criteris que s'esmenten com a exemple, és que tots s'han de referir a la naturalesa de la prestació objecte del contracte o a les condicions d'execució del contracte. La seva finalitat és permetre als poders adjudicadors comparar les ofertes de manera objectiva, a fi de determinar la que millor en respon a les necessitats en el marc d'un contracte determinat. Qualsevol criteri d'adjudicació ha de permetre valorar les qualitats intrínseques d'un producte o d'un servei. Els criteris d'adjudicació han d'estar vinculats, per tant, a l'objecte o a les condicions d'execució del contracte.”*

## ***2) La persecució d'objectius socials té reconeixement en l'àmbit de la contractació administrativa en altres moments procedimentals diferents al de l'establiment dels criteris d'adjudicació.***

*Així, ja en la fase d'elecció de l'objecte del contracte, l'òrgan de contractació té l'oportunitat de tenir en compte els aspectes socials i d'escollir un producte o servei que es correspongui amb els objectius socials que té (per exemple, contractes amb especificacions tècniques adreçades a persones discapacitades –com l'amplada dels passadissos i de les portes, lavabos adaptats o rampes d'accés–, contractes de formació adreçats a aturats de llarga duració, o contractes de compra de material o serveis informàtics adaptats a les necessitats de persones discapacitades), però s'ha de respectar sempre que l'objecte del contracte no restringeixi l'accés a empreses d'un sol estat, en detriment d'altres estats membres de la Comunitat Europea.*

*En la fase de selecció dels licitadors s'han de tenir en compte els aspectes socials, com és l'acreditació d'estar al corrent de les obligacions amb la Seguretat Social o l'exclusió de qualsevol licitador que hagi estat condemnat en sentència ferma per delictes que afectin la Seguretat Social o els drets dels treballadors, o que hagi estat sancionat per infraccions en matèria d'integració laboral de minusvàlids o en matèria social (art. 20 de l'LCAP; apartats a, c, f).*

*També, en aquesta fase selectiva –en concret, en el moment d'acreditar la capacitat tècnica dels candidats o licitadors–, es pot exigir una determinada experiència o uns determinats coneixements tècnics per demostrar la solvència dels candidats en contractes que requereixin unes aptituds específiques en matèria social (per exemple, experiència específica en matèria de gestió d'una escola d'infants o de serveis de formació per a aturats de llarga duració).*

**3) La possibilitat d'imposar el compliment de determinats objectius socials pot venir per via d'una condició d'execució del contracte establerta en les clàusules contractuals.**

*Els òrgans de contractació tenen la possibilitat de definir clàusules contractuals que determinin la forma d'execució del contracte. Ara bé, aquestes clàusules no poden tenir un efecte discriminatori directe o indirecte i "s'han d'ajustar a totes les normes procedimentals de les directives i, en concret, a les relatives a la publicitat. No poden consistir en especificacions tècniques encobertes ni tampoc referir-se a la comprovació de l'aptitud dels licitadors sobre la base de la capacitat econòmica, financera i tècnica que tinguin o als criteris d'adjudicació. En aquest sentit, la clàusula contractual és independent de l'avaluació de la capacitat dels licitadors per dur a terme els treballs i dels criteris d'adjudicació", com diu la Comissió Europea en l'esmentada Comunicació de 15-10-2001, que també afegeix que "aquestes condicions s'han d'esmentar en l'anunci del contracte, a fi que tots els candidats o licitadors en tinguin coneixement."*

*La Comissió cita els exemples següents de clàusules contractuals en matèria social que els òrgans de contractació poden imposar al titular del contracte, sempre que es compleixin els requisits esmentats:*

- "L'obligació de donar feina a aturats, sobretot de llarga durada, o d'organitzar activitats de formació per a la gent jove o aturada en fer la prestació.*
- L'obligació d'aplicar, en fer la prestació, mesures adreçades a promoure la igualtat d'oportunitats entre homes i dones, o la diversitat racial o ètnica.*
- L'obligació de respectar, en fer la prestació, l'essencial de les disposicions dels convenis fonamentals de l'OIT, en el supòsit que aquests convenis no estiguin encara incorporats a l'ordenament jurídic nacional.*
- L'obligació de contractar, amb vistes a l'execució del contracte, un nombre de persones discapacitades superior a l'exigit per la legislació nacional de l'estat membre on s'executa el contracte o per la del titular del contracte."*

*S'ha d'insistir que les condicions imposades a l'adjudicatari no poden suposar una discriminació o constituir una restricció injustificada, atès que, per exemple, en un contracte de subministrament resulta difícil imaginar aquests tipus de clàusules que, fent referència a la manera d'execució, requereixen una adaptació de l'organització, de l'estructura o de la política d'una empresa ja establerta. Això ens porta a fer una anàlisi concreta de cada supòsit contractual per delimitar si concorren o no les circumstàncies que permeten fixar les condicions contractuals d'ordre social sense incórrer en causes de discriminació."*

**SEGONA.** El text de l'article 2, apartats 1 i 3, del Projecte de decret (transcripció literal de l'article 3 del Decret de la comunitat de Madrid) es troba en l'actualitat qüestionat per la Comissió de les Comunitats Autònomes Europees, en Dictamen motivat remès el 8 de febrer de 2002 a la

Representació Permanent d'Espanya davant la Unió Europea (infracció núm. 1998/5040), la part dispositiva del qual diu:

**“ATÈS AIXÒ, LA COMISSIÓ  
DE LES COMISSIONS EUROPEES,**

*després d'oferir al Govern del Regne d'Espanya la possibilitat de presentar les observacions mitjançant carta d'emplaçament de 12 d'abril de 2000 (ref. SG (2000), D/103090) i d'acord amb la resposta del Govern espanyol de 13 de juliol de 2000 (ref. SG (2000)A/09019),*

**EMET EL DICTAMEN MOTIVAT SEGÜENT**

*D'acord amb el que disposa el paràgraf primer de l'article 226 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, que, en preveure en el Decret 213/1998, de 17 de desembre, del Consell de Govern de la comunitat autònoma de Madrid, que els poders adjudicadors d'aquesta comunitat autònoma han d'incloure concurs un o diversos criteris relatius al treball en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes que s'hagin d'adjudicar mitjançant, el Regne d'Espanya ha incomplert les obligacions que l'incumbeixen d'acord amb les directrius sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics i, en particular, d'acord amb els articles 36 de la Directiva 92/50/CEE, 26 de la Directiva 93/36/CEE, i 30 de la Directiva 93/37/CEE, que es modifiquen per la Directiva 97/52/CEE, com també per l'article de la Directiva 93/38/CEE, que és modificada per la Directiva 98/04/CEE.*

*En aplicació del que disposa el paràgraf primer de l'article 226 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, la Comissió convida el Regne d'Espanya a adoptar les mesures requerides per ajustar-se a aquest Dictamen motivat en un termini de dos mesos, comptadors a partir d'haver-lo rebut.*

*Fet a Brussel·les el 20-X-2001”*

Convé transcriure també alguns paràgrafs dels fonaments de dret, que constitueixen la part argumentària del Dictamen motivat i que són coincidents amb el parer d'aquesta Junta Consultiva:

*“No hi ha cap dubte que els objectius que persegueix la comunitat autònoma de Madrid en relació amb la promoció del treball estable no només són lloables, sinó que també adequen perfectament a la política social comunitària. El que la Comissió objecta no és la finalitat, sinó el mitjà. Les directrius comunitàries sobre contractació pública i les disposicions del Tractat que són aplicables en la matèria s'integren en el marc de la realització del mercat interior: els objectius són, d'una banda, optimitzar la gestió de les compres públiques –que tracta d'obtenir la millor elecció qualitat preu– i, de l'altra, garantir una competència efectiva i unes condicions d'accés al mercat iguals per a totes les empreses. Les directrius que regeixen la contractació pública no han estat, per tant, concebudes com a instruments de la política social, que té altres mitjans dels quals servir-se. Això es reflecteix en l'articulat actual de les directrius, que només admeten les dues formes d'adjudicació descrites abans, sense haver d'incloure entre els criteris d'adjudicació cap consideració aliena a la prestació entre els criteris d'adjudicació que es tracti.”*

...

*“En qualsevol cas, el dret comunitari de contractació pública ofereix tot un ventall de possibilitats per integrar aspectes socials i, per tant, per fer política social amb ocasió de les licitacions. Aquestes possibilitats, que s’estenen al procediment d’adjudicació, es recullen en la Comunicació esmentada de 15 d’octubre de 2001. Ara bé, a l’hora de determinar l’oferta econòmicament més avantatjosa (fase d’adjudicació), a part del criteri adicional de desempat desenvolupat pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, segons la Comunicació, només es poden utilitzar els aspectes socials que impliquen per al poder adjudicador un avantatge econòmic lligat al producte o servei objecte del contracte.”*

...

*“Com ja va aclarir en la Comunicació de 15 d’octubre de 2001, la Comissió considera que la determinació de l’oferta més avantatjosa econòmicament respon, en les directrius sobre contractació pública, a criteris que es relacionen amb la prestació concreta, sense haver-hi consideracions relacionades amb “l’economia en general”.*

*La Comunicació diu explícitament que “la característica comuna als criteris utilitzats per valorar les ofertes és que, igual que els criteris que s’esmenten com a exemple, tots han de fer referència a la naturalesa de la prestació objecte del contracte o a les seves condicions d’execució. La finalitat és permetre als poders adjudicadors comparar les ofertes de manera objectiva, amb la finalitat de determinar la que millor en respon a les necessitats **en el marc d’un contracte determinat**. Qualsevol criteri d’adjudicació ha de permetre **valorar les qualitats intrínseques d’un producte o servei**. Els criteris d’adjudicació, per tant, han **d’estar vinculats a l’objecte del contracte o a les condicions d’execució**.”*

*I afegeix el següent: “Al contrari, les quotes de contractes reservades per a una categoria determinada de proveïdors [...], per exemple, serien incompatibles amb les actuals directives sobre contractes públics. S’ha de dir el mateix dels criteris que es refereixin al grau en què els licitadors utilitzin una determinada categoria de persones o apliquin un programa de promoció de la igualtat d’oportunitats; això és –dit d’una altra manera–, dels criteris que són aliens a l’objecte del contracte o a les condicions d’execució d’aquest. Aquests criteris, que no contribueixen a seleccionar l’oferta econòmicament més avantatjosa manquen exclosos per les actuals directrius, ja que la seva finalitat ha de consistir en fer possible l’avaluació de **les qualitats intrínseques d’un producte o una prestació**. Atès això, aquests criteris es considerarien incompatibles amb els compromisos que adquireixen els estats membres a través de l’Acord sobre contractació pública celebrat en el marc de l’Organització Mundial del Comerç.”*

...

*“En conseqüència, la Comissió considera que els criteris relatius a la qualificació o a la formació dels recursos humans d’una empresa s’haurien de considerar, si n’és el cas, per apreciar la capacitat tècnica d’aquesta en la fase de selecció dels contractistes, però mai en el moment de determinar l’oferta més avantatjosa econòmicament.”*

*En qualsevol cas, la Comissió vol precisar que, segons la jurisprudència Beentjes, “aquest requisit (contractar treballadors en atur prolongat) no guarda cap relació ni amb la verificació de l’aptitud dels contractistes per a la capacitat econòmica, financera i tècnica, ni amb els criteris d’adjudicació del contracte”. En conseqüència, les condicions relatives a l’ocupació*

*tampoc no poden admetre's com a criteris de selecció dels contractistes, pel fet de que no es refereixen a la seva capacitat tècnica, econòmica i financera. Només en el supòsit que els licitadors hagin violat alguna legislació en matèria social i que aquesta violació suposi una falta professional greu o un delictes que afecti la moralitat professional podrien ser descartats del procediment d'adjudicació.*

*En les conversacions que es van mantenir amb els serveis de la Comissió, les autoritats espanyoles van indicar, a més, que almenys dues de les mesures previstes pel Decret, a saber, les que es descriuen en les lletres c) i d), es podien considerar condicions d'execució del contracte, ja que es valoren sobre la base d'un document que recull el compromís de noves contractacions per executar el contracte (lletra d).*

*Ara bé, aquest argument no té en compte el fet que els criteris de les lletres c) i d), com també de les lletres a) i b), es qualifiquen en avaluar les ofertes, ja que es pot atribuir una puntuació de fins un 20% del total de la baremació als licitadors que els compleixin. Per tot això, aquests criteris no actuen com a condicions d'execució, sinó com a criteris d'adjudicació del contracte, la qual cosa, segons la Comunicació interpretativa de 15 d'octubre de 2001, no és admissible.*

*Atès això, la Comissió considera que l'argument de les autoritats espanyoles segons el qual dos dels criteris en qüestió serien realment condicions d'execució del contracte no es pot acceptar.*"

Normalment, després del Dictamen motivat que l'Estat membre de la CE al qual s'adreça no atén, ve una demanda davant el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, que ha de ser, en definitiva, el que dirimeixi la discrepància. Per tant, no sembla que sigui el millor moment per promulgar una norma que pràcticament es podria considerar *sub iudice*, sense perjudici del criteri, ja apuntat, d'aquesta Junta Consultiva acord amb els plantejaments de la Comissió a la llum de les directrius vigents en matèria de contractació administrativa.

**TERCERA.** Les mesures que es defineixen en els articles 4, 5 i 6 del Projecte de decret són només una reiteració de les obligacions que sobre cadascuna de les matèries tractades imposa la seva legislació específica, per la qual cosa només aporten com a novetat la seva plasmació en els plecs de clàusules administratives particulars, cosa que es pot aconseguir mitjançant altres instruments jurídics, com és el cas dels models tipus de plecs –per ser utilitzats amb caràcter general per tots els òrgans de contractació–, en què es poden reflectir aquestes obligacions i la forma i els efectes de complir-los.

El mateix Projecte de decret s'encarrega de dir quina és la Norma legal de què dimana la mesura corresponent, malgrat el cas de l'article 6, que tracta dels desempats a favor de l'empresa que tingui en plantilla un nombre de treballadors minusvàlids no inferior al 2%, circumstància que ve regulada en la disposició addicional octava del Text refós de la Llei de contractes de les



administracions públiques, en què, a més, se'n considera una altra que fa referència a la preferència de les entitats sense ànim de lucre en els contractes relatius a prestacions de caràcter social o assistencial, que no es recullen en el Projecte de decret.

## **CONCLUSIÓ**

La Junta Consultiva entén que no és oportuna ni procedent, per ara, la tramitació del Projecte de decret de mesures en la contractació administrativa de la CAIB de suport a l'estabilitat i a la qualitat del treball, en consideració del següent:

- a) La part essencial i innovadora d'aquest Decret, que es regula en l'article 2, s'oposa al criteri que sorgeix d'aquesta Junta, en l'Informe 16/2001; i, d'acord amb això, les mesures de caràcter social no hi tenen cabuda com a criteri d'adjudicació dels contractes, en no fer referència a l'objecte de la prestació, i el Decret de la comunitat de Madrid, del qual n'és còpia exacta, es troba qüestionat per la Comissió de les Comunitats Europees, en Dictamen motivat que s'adreça al Regne d'Espanya.
- b) Les altres mesures que conté el Decret, encara que també essencials segons el fi perseguit, manquen de novetat, en ser una transcripció de les normes legals vigents sobre la matèria, la transposició del qual al terreny pràctic del text dels plecs, quan no siguin d'imperatiu compliment, es pot obtenir per una altra via.