

INFORME 16/01, de 29 de novembre de 2001

CRITERIS D'ADJUDICACIÓ EN ELS CONCURSOS. POSSIBILITAT D'UTILITZACIÓ DE CRITERIS DE CAIRE SOCIAL COM «PERCENTATGES DE TREBALLADORS AMB CONTRACTE INDEFINIT» O «PERSONAL AMB DISCAPACITATS». PREFERÈNCIES DE CONTRACTACIÓ AMB EMPRESSES D'ECONOMIA SOCIAL

ANTECEDENTS

La presidenta del Consell Insular de Menorca tramet l'escrit següent a aquesta Junta Consultiva:

«La materialització dels principis i valors de caire social prevists en la Constitució espanyola en els diferents àmbits de l'actuació administrativa constitueix un dels objectius prioritaris d'aquest Consell Insular de Menorca.

L'àmbit de la contractació administrativa és un dels espais més idonis per a la promoció d'aquests principis per part de l'Administració, ja que suposa la participació d'una persona privada en tasques inicialment atribuïdes als poders públics.

La forma de materialitzar-los en el marc de l'expedient de contractació podria ser la introducció de criteris per adjudicar els contractes que donin avantatge a aquelles empreses que en demostrin el compliment. Així, si l'objectiu concret d'un expedient de contractació és escollir l'oferta més avantajosa per a l'Administració, el respecte i fins i tot la millora a aquests valors socials podrien ser uns dels paràmetres objectius que determinin aquest avantatge, si així s'estableix amb caràcter previ en el plec de clàusules que regulen la contractació.

En aquest mateix sentit, el Síndic de Greuges de Catalunya ha recomanat molt recentment (estiu 2001) a l'Ajuntament de Barcelona i a la Generalitat de Catalunya que incorporin clàusules socials com a condicions d'execució dels contractes públics i com a criteris per adjudicar-los.

Per aquest motiu, de conformitat amb el que estableix el Decret 147/2000, de novembre,

SOL·LICIT

L'emissió d'un informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre la legalitat de l'aspecte següent:

Possibilitat d'incloure, en les contractacions en què el procediment d'adjudicació sigui el concurs, criteris d'adjudicació que atribueixin una puntuació en funció del compliment de determinats valors de caire social, com són ara: major percentatge de treballadors amb contracte indefinit, major percentatge de personal discapacitat en plantilla i preferència en la contractació d'empreses d'economia social sempre que siguin idònies per a l'execució de l'objecte del contracte.

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1r) El requisit de la legitimació activa es compleix en quedar oberta la possibilitat que els presidents dels consells insulars i dels ajuntaments puguin formular preguntes a la Junta Consultiva, pel Decret 147/2000, de 10 de novembre (BOIB núm. 141, de 18-11-2000), disposició addicional segona.

2n) No hi ha un informe jurídic que acompanyi la sol·licitud, tal com exigeix l'art. 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 13, de 25-10-1997). No obstant això, atès que la mateixa sol·licitud té les argumentacions jurídiques per a la determinació del dubte suscitat, es dóna el requisit per complir.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. Són dues les qüestions que planteja la presidenta del Consell Insular de Menorca. D'una part, fa referència a la possibilitat d'incloure en els concursos criteris d'adjudicació en funció del compliment per part dels licitadors d'aspectes de caire social, com són «*major percentatge de treballadors amb contracte indefinit*» o «*major percentatge de personal amb discapacitats en plantilla*». I d'altra part, demana sobre la concessió de preferències en la contractació a empreses d'economia social.

Ambdues qüestions, encara que persegueixen un mateix fi social tal com es diu a l'exposició que precedeix la concreta sol·licitud de la peticionària de l'informe, s'han de tractar per separat, doncs no tenen el mateix grau d'incidència a l'hora de produir el resultat de les licitacions, ni es consideren de manera uniforme en la legislació, tan nacional com europea.

Si invertim l'ordre del plantejament, i analitzam abans la preferència de contractació per a les empreses d'economia social, poden afirmar que qualsevol tracte preferent, que necessàriament implica afavorir una empresa en detriment d'una altra, està proscriu tant per la normativa europea referida a la contractació administrativa, com també per la legislació nacional, que està basada en l'europea.

L'art. 11.1 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per l'RDLEG 2/2000, de 16 de juny (LCAP), diu que :

«Els contractes de les administracions públiques s'han d'ajustar als principis de publicitat i concurrència, llevat de les excepcions establertes en aquesta Llei i, en tot cas, als d'igualtat i de no-discriminació.».

La Directriu 92/50/CEE, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis, en l'art. 3.2 disposa que: «*Les entitats*

adjudicadores han de vetlar perquè no es cometi cap discriminació entre els diferents prestadors de serveis.».

Les directrius 93/36/CEE i 93/37/ CEE, que fan referència als contractes de subministrament i d'obres respectivament, que en principi no tenien un precepte similar, varen ser modificades per la Directriu 97/52/CEE, que va introduir sengles textos, en nous apartats de l'art. 5 i de l'art. 6 de cadascuna de les directrius, del següent tenor:

«Els poders adjudicadors han de vetlar perquè no hi hagi discriminació entre els diferents proveïdors.».

«Els poders adjudicadors han de vetlar perquè no hi hagi discriminació entre els diferents contractistes.».

Queda patent la intenció del legislador, tant europeu com nacional, d'evitar qualsevol tracte discriminatori, el qual, encara que persegueixi una finalitat de caire social, és evident que es produiria admetent una preferència en favor de les empreses que revesteixen una determinada forma jurídica, com seria una empresa d'economia social que operàs en el mercat en igualtat amb les altres. L'excepció que permet l'existència d'alguna fórmula preferencial tan sols la trobam, en l'àmbit nacional, en la disposició addicional 8a de l'LCAP, on, amb caràcter molt limitat, es preveu la possibilitat d'establir una preferència en l'adjudicació de contractes a favor d'entitats sense ànim de lucre o d'empreses que, en el moment d'acreditar la solvència tècnica, tinguin en plantilla un nombre de treballadors minusvàlids no inferior al 2% de la plantilla. Però aquesta preferència tan sols és possible en el cas que aquestes empreses igualin les proposicions més avantatjoses des del punt de vista dels criteris objectius que serveixen de base per a l'adjudicació. Aquesta preferència limitada és possible, doncs, a favor de qualsevol empresa, sigui d'economia social o no, sempre que tinguin aquest percentatge de minusvàlids en plantilla. En l'àmbit europeu, l'apartat 3 de l'art. 30 de la Directriu 93/37/CEE, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, permet, excepcionalment, que els criteris en què es basi el poder adjudicador per a l'adjudicació dels contractes puguin ser distints del «preu més baix» o de «l'oferta més avantatjosa», només quan sigui “ d'acord amb una normativa vigent en el moment d'adoptar aquesta directriu que tinguin per objecte que alguns licitadors tinguin preferència amb la condició que la normativa invocada sigui compatible amb el Tractat.».

No consta a aquesta Junta que a Espanya hi hagués tal normativa excepcional en la data de la Directriu, sense perjudici que en cas que hi fos hauria de ser compatible amb el Tractat, la qual cosa, òbviament, si n'és el cas, han de determinar, en darrera instància, els tribunals.

Conseqüentment, sempre que no variïn les disposicions reguladores de la matèria, s'han d'estar als principis de no-discriminació i concurrència.

SEGONA. 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 aparent dicotomia 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 molt 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-ne alguns.

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, els podem resumir en tres idees principals:

1) Els criteris d'adjudicació tan sols poden estar basats 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 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, i als criteris que s'esmenten com a exemple, és que tots han de referir-se a la naturalesa de la prestació objecte del contracte o a les condicions d'execució del contracte. El seu fi és permetre als poders adjudicadors comparar les ofertes de manera objectiva, a fi de determinar la

que millor respon a les necessitats que tenen, en el marc d'un contracte determinat. Tot criteri d'adjudicació ha de permetre valorar les qualitats intrínseques d'un producte o 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 escollir un producte o servei que es correspongui amb els objectius socials que tenguí (per exemple: contractes amb especificacions tècniques destinades a persones discapacitades –com ara l'amplada dels passadissos i de les portes, lavabos adaptats, rampes d'accés- o contractes de formació destinats a aturats de llarga duració, o contractes de compra de material o serveis informàtics adaptats a les necessitats de persones discapacitades) respectant 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 de estar al corrent de les obligacions de seguretat social; s'ha d'excloure 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 (p. ex: 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 següents exemples 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 duració, o d'organitzar activitats de formació per a la gent jove o aturada quan es realitzi la prestació.
- L'obligació d'aplicar, quan es realitzi la prestació, mesures destinades a promoure la igualtat d'oportunitats entre homes i dones o la diversitat racial o ètnica.
- L'obligació de respectar, quan es realitzi 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 incorrer en causes de discriminació.

CONCLUSIÓ

Sense perjudici de les possibilitats de persecució de fins de caire social contingudes en les consideracions jurídiques del present informe, aquesta

Junta Consultiva, pel que fa a les preguntes concretes efectuades pel Consell Insular de Menorca, entén:

1. Que els criteris d'adjudicació que atribueixen una puntuació en funció del compliment de determinats valors de caire social com «major percentatge de treballadors amb contracte indefinit» o «major percentatge de personal amb discapacitat» no poden figurar en els concursos.
2. Que, d'acord amb l'actual marc normatiu, no es pot atorgar cap preferència a les empreses d'economia social, a excepció del que disposa la disposició addicional 8a de l'LCAP en cas d'igualtat de proposicions i sempre que l'empresa d'economia social compleixi el requisit del percentatge de minusvàlids en plantilla.