

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau ,12-3r planta
46003 VALÈNCIA
Tel.: 961 6013072
Correu: secretaria JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt
Assumpte: Informe 2/2017

INFORME 2/2017, DE 3 DE FEBRER DE 2017. ESBORRANY D'AVANTPROJECTE DE LLEI DE LA GENERALITAT PER AL FOMENT DE LA RESPONSABILITAT SOCIAL.

ANTECEDENTS

En data 11 de gener de 2017, es va remetre per a al·legacions el text de l'esborrany d'avantprojecte de Llei de la Generalitat per al foment de la responsabilitat social. El Servei Central de Contractació, en l'exercici de les funcions de Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa que té assignades, eleva aquest informe a l'òrgan esmentat per considerar que hauria d'emetre informe en virtut de l'article 2.1, paràgraf segon, del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa, que en establir les funcions consultives de la Junta relatives a l'emissió d'informes disposa:

"Aquest informe serà preceptiu en els supòsits que assenyalen la legislació vigent en matèria de contractació administrativa i, en tot cas, en:

a) els projectes de disposicions de caràcter general de la Generalitat Valenciana, que incidisquen en matèria de contractació administrativa, amb caràcter previ al dictamen del Consell Jurídic Consultiu, si és el cas."

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I.- Consideracions generals

Abans d'entrar en l'anàlisi dels preceptes relatius a la contractació continguts en l'esborrany d'avantprojecte, hem de recordar les orientacions de la Directiva 2014/24/UE i la jurisprudència europees, així com la doctrina sobre la matèria dels tribunals de recursos especials en matèria de contractació, concretament, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals.

a) En la Directiva 2014/24/UE, del Parlament i el Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública són nombroses les referències als criteris socials i mediambientals i la seua introducció en les distintes fases dels contractes i, en particular, com a criteri d'adjudicació:

CONSIDERANT 40:

El control del compliment d'aquestes disposicions de dret mediambiental, social i laboral ha de realitzar-se en les respectives fases del procediment de licitació, és a dir, quan s'apliquen els

principis generals aplicables a l'elecció de participants i l'adjudicació de contractes, en l'aplicació dels criteris d'exclusió i en l'aplicació de les disposicions relatives a ofertes anormalment baixes. La necessària verificació a aquest efecte ha d'efectuar-se d'acord amb les disposicions pertinents d'aquesta directiva, en particular d'acord amb les aplicables a mitjans de prova i declaracions de l'interessat.

CONSIDERANT 97

D'altra banda, a fi d'aconseguir una major integració de les consideracions socials i mediambientals en els procediments de contractació, els poders adjudicadors han d'estar autoritzats a adoptar criteris d'adjudicació o condicions d'execució de contractes pel que fa a les obres, subministraments o serveis que hagen de facilitar-se en el marc d'un contracte públic en qualsevol dels aspectes i en qualsevol fase dels seus cicles de vida, des de l'extracció de matèries primeres per al producte fins a la fase de l'eliminació del producte, inclosos els factors que intervinguen en el procés específic de producció, prestació o comerç de les obres esmentades i les seues condicions, subministraments o serveis, o un procés específic en una fase ulterior del seu cicle de vida, inclús quan els factors esmentats no formen part de la seua substància material. Entre els criteris i condicions relatius a aquest procés de producció o prestació figura, per exemple, que en la fabricació dels productes adquirits no s'hagen utilitzat productes químics tòxics, o que els serveis adquirits es presten utilitzant màquines eficients des del punt de vista energètic. D'acord amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, ací han d'incloure's també els criteris d'adjudicació o les condicions d'execució d'un contracte que es referisquen al subministrament o a la utilització de productes basats en un comerç equitatiu durant l'execució del contracte que ha de ser adjudicat. Els criteris i les condicions relatius al comerç i les seues condicions poden referir-se, per exemple, al fet que el producte de què es tracte procedeix del comerç just, incloent-hi el requisit de pagar un preu mínim i una prima als productors. Entre les condicions d'execució d'un contracte relatives a les consideracions mediambientals poden figurar, per exemple, l'entrega, l'emballatge i l'eliminació de productes, i, pel que fa als contractes d'obres i serveis, la minimització dels residus i l'eficiència energètica.

CONSIDERANT 98

Les condicions d'execució d'un contracte poden tendir també a afavorir l'aplicació de mesures que fomenten la igualtat entre dones i homes en el treball, la participació major de la dona en el mercat laboral i la conciliació del treball i la vida familiar, la protecció mediambiental o animal, respectar en allò que és substancial els convenis fonamentals de l'Organització Internacional del Treball (OIT) i contractar un nombre de persones discapacitades superior al que exigeix la legislació nacional.

CONSIDERANT 99

Les mesures destinades a protegir la salut del personal que participa en el procés de producció, a afavorir la integració social de les persones desfavorides o dels membres de grups vulnerables entre les persones encarregades d'executar el contracte o a oferir formació per a adquirir les competències necessàries per al contracte de què es tracte podran també estar subjectes a criteris d'adjudicació o a condicions d'adjudicació d'un contracte sempre que es referisquen a les obres,



subministraments o serveis que han de facilitar-se d'acord amb el contracte en qüestió. Per exemple, aquests criteris o condicions podran referir-se, entre altres coses, a l'ocupació per als desempleats de llarga duració o a l'aplicació de mesures en matèria de formació per als desempleats o els joves durant l'execució del contracte que ha d'adjudicar-se. En les especificacions tècniques els poders adjudicadors poden establir aquells requisits socials que caracteritzen el producte o el servei de què es tracte, com ara l'accessibilitat per a les persones amb discapacitat o el disseny per a tots els usuaris.

No obstant això, la condició que hi haja un vincle amb l'objecte del contracte exclou els criteris i condicions relatius a la política general de responsabilitat corporativa, la qual cosa no pot considerar-se com un factor que caracteritzi el procés específic de producció o prestació de les obres, subministraments o serveis adquirits. En conseqüència, els poders adjudicadors no poden estar autoritzats a exigir als licitadors que tinguin establida una determinada política de responsabilitat social o mediambiental de l'empresa.

Art 18. Principis de la contractació

2. Els estats membres prendran les mesures pertinents per a garantir que, en l'execució de contractes públics, els operadors econòmics compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral, establides en el dret de la Unió, el dret nacional, els convenis col·lectius o per les disposicions de dret internacional mediambiental, social i laboral.

Art. 67. Criteris d'adjudicació

1. Sense perjudici de les disposicions legals, reglamentàries o administratives nacionals relatives al preu de determinats subministraments o a la remuneració de determinats serveis, els poders adjudicadors aplicaran, per a adjudicar els contractes públics, el criteri de l'oferta econòmicament més avantatjosa.

2. L'oferta econòmicament més avantatjosa des del punt de vista del poder adjudicador es determinarà sobre la base del preu o cost, utilitzant un plantejament que atenga la relació cost-eficàcia, com el càlcul del cost del cicle de vida d'acord amb l'article 68, i podrà incloure-hi la millor relació qualitat-preu, que s'avaluarà en funció de criteris que incloguen aspectes qualitius, mediambientals i/o socials vinculats a l'objecte del contracte públic de què es tracte. Els criteris esmentats podran incloure, per exemple:

a) la qualitat, inclòs el valor tècnic, les característiques estètiques i funcionals, l'accessibilitat, el disseny per a tots els usuaris, les característiques socials, mediambientals i innovadores, i la comercialització i les seues condicions;

b) l'organització, la qualificació i l'experiència del personal encarregat d'executar el contracte, en el cas que la qualitat del personal empleat pugui afectar de manera significativa a l'execució del contracte;

c) el servei postvenda i l'assistència tècnica i condicions d'entrega com ara la data d'entrega, el procés d'entrega i el termini d'entrega o el termini d'execució.

3. Es considerarà que els criteris d'adjudicació estan vinculats a l'objecte del contracte públic quan es referisquen a les obres, subministraments o serveis que han de facilitar-se en virtut del contracte, en qualsevol dels seus aspectes i en qualsevol etapa del seu cicle de vida, inclosos els factors que intervenen:

- a) en el procés específic de producció, prestació o comercialització de les obres, subministraments o serveis, o
- b) en un procés específic d'una altra etapa del seu cicle de vida.

Fins i tot quan aquests factors no formen part de la seua substància material.

4. Els criteris d'adjudicació no tindran per efecte conferir al poder adjudicador una llibertat de decisió il·limitada.

Art. 69. Ofertes anormalment baixes

Els poders adjudicadors rebutjaran l'oferta si comproven que és anormalment baixa perquè no compleix les obligacions aplicables previstes en l'article 18, apartat 2.

Art. 70. Condicions especials d'execució

Els poders adjudicadors podran establir condicions especials relatives a l'execució del contracte, sempre que estiguen vinculades a l'objecte del contracte, en el sentit de l'article 67, apartat 3, i s'indiquen en la convocatòria de licitació o en els plecs de la contractació. Aquestes condicions podran incloure consideracions econòmiques o relacionades amb la innovació, consideracions de tipus mediambiental, social, o relatives a l'ocupació.

b) D'altra banda, **la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea** reafirma alguns criteris o requisits relatius a les clàusules socials que poden ser orientatius:

-Que no resulten contràries a dret perquè introdueixen elements distorsius de la igualtat, no discriminació i concurrència ni desvirtuen el principi general d'adjudicació a l'oferta econòmicament més avantatjosa.

-El caràcter transfronterer dels contractes sotmesos a les directives regint el dret a la lliure prestació de serveis i, per tant, les referències sempre a disposicions de caràcter general que regisquen l'Estat membre quan es tracte de millores en la qualitat de l'ocupació.

-La seua vinculació a l'objecte del contracte en el sentit de l'art. 67 de la Directiva 2014/24/UE sobre contractació pública.

-La utilització de les especificacions tècniques per a introduir aspectes socials o mediambientals, comunament admesa.

-Els criteris i requisits de solvència tècnica i professional només poden estar referits als mitjans



establits en la normativa per a acreditar-la.

c) En un altre ordre, la recent **Sentència del Tribunal Suprem de 23 de maig de 2016**, per la qual es declara nul·la la **Norma Foral 1/2014, de 12 de febrer, per a la incorporació de clàusules socials en els contractes d'obra del sector públic foral, aprovada per les Juntes Generals d'Àlaba i publicada en el butlletí oficial d'aquest territori de 24-2-2014**, destaca clarament un requisit més: el de la competència, en aquest cas, en matèria de contractació i en matèria laboral. Així quant a les condicions especials d'execució assenyala que l'article 118 del TRLCSP no atribueix cap competència normativa en matèria de treball i seguretat social i la seua finalitat és molt concreta, es tracta d'afavorir determinades contractacions laborals com les de les persones amb dificultats d'inserció en el mercat laboral, eliminar les desigualtats per raó de sexe en el mercat laboral, combatre la desocupació, promoure la formació i les finalitats que s'establisquen (es remet així al desplegament reglamentari), així com per a garantir el compliment de convencions fonamentals de l'OIT (no de la resta de la normativa laboral que per això s'haurà d'atindre a les seues pròpies normes i controls per a la seua observança). El que no fa el precepte en absolut, en coherència amb la distribució competencial en la matèria que abans hem analitzat, és facultar l'òrgan de contractació per a establir el contingut de la relació laboral, les condicions de treball seran les procedents segons el seu propi sistema de fonts.

d) **El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals** ha dictat recentment sengles resolucions que incideixen en matèria de clàusules socials.

Resolució 160/2016

La doctrina d'aquest Tribunal és en general partidària de no incloure en el plec del contracte obligacions que afecten l'esfera laboral. Així, en resolucions dictades en matèria de subrogació dels treballadors, ha mostrat la seua reticència al fet que els plecs imposen al contractista obligacions de contingut netament laboral i que formen part de l'estatus del treballador, del compliment o incompliment de les quals no correspon conèixer ni a l'Administració contractant, ni a la jurisdicció contenciosa administrativa, sinó als òrgans de la jurisdicció social.

En el cas enjudiciat es tractava d'imposar als contractistes, com a condicions especials d'execució, l'autorització per l'Administració (en aquest cas de l'alcalde) de qualsevol modificació en les condicions de treball. I una segona basada en el fet que *en cas de ser qualificat pels jutjats i tribunals de l'ordre social d'"improcedent" l'acomiadament del personal fix d'empresa, l'obtenció de la qualificació referida implicarà de forma forçosa la readmissió, llevat que la persona afectada opte per la indemnització, amb l'aprovació prèvia per part del Ple municipal*

"Analitzant el clausulat qüestionat a la llum del que s'ha exposat, hem de partir del fet que aquest té l'objectiu de dificultar la modificació en les condicions contractuals, i de fomentar la readmissió del treballador, sotmetent l'una facultat i l'altra (que en principi estan dins del poder de direcció de l'empresari en el marge que li atorga la legislació i els convenis aplicables) al control de l'Administració contractant. Ni l'article 118 TRLCSP, ni la "Comunicació" de la Comissió, ni les noves directives, mencionen un objectiu relacionat amb el clausulat esmentat (perquè es refereixen a fomentar la igualtat entre dones i homes en el treball, la participació major de la dona en el mercat laboral i la conciliació del treball i la vida familiar, contractació de persones amb

discapacitat...).

En definitiva, en el nostre cas, les condicions especials d'execució que ens ocupen, que afecten les obligacions de l'empresa respecte dels seus treballadors, poden resultar contràries al dret de la UE, quant a la lliure prestació de serveis.”

II. Anàlisi de l'esborrany d'avantprojecte

Analitzant els preceptes de l'esborrany d'avantprojecte de llei relatiu a la contractació pública s'informa el següent:

Article 12.

1.- Article 12.1, segon paràgraf -

“La incorporació dels criteris esmentats no podrà suposar en cap cas la infracció dels principis de la contractació: igualtat, no discriminació, publicitat, lliure concurrència i actuació transparent i proporcionada.”

Es troba a faltar en l'apartat segon la referència a la lliure prestació de serveis, atès el caràcter transfronterer dels contractes sotmesos a les directives i normes de la UE.

Recomanació: Se suggereix la redacció següent:

La incorporació dels criteris esmentats no podrà suposar en cap cas la infracció dels principis de la contractació: igualtat, no discriminació, publicitat, lliure concurrència i la lliure prestació de serveis.

2.- Article 12.2, segon paràgraf

“A aquests efectes, els òrgans de contractació reservaran la participació en el procés d'adjudicació de determinats contractes d'obres, subministraments i serveis a centres especials d'ocupació, empreses d'inserció i entitats sense ànim de lucre, l'objectiu principal dels quals siga recolzar la integració social i professional o la reintegració de persones amb discapacitat. Els anuncis de licitació hauran de fer referència expressa a aquesta disposició.”

L'article 20 de la Directiva 2014/24/UE assenjala la possible reserva del dret a participar en els procediments de contractació a tallers protegits i operadors econòmics l'objectiu principal dels quals siga la integració social i professional de persones discapacitades o desfavorides o preveure l'execució dels contractes en el context de programes d'ocupació protegida, a condició que almenys el 30 dels empleats dels tallers, els operadors econòmics o els programes siguin treballadors discapacitats o desfavorits.

D'altra banda, la disposició addicional cinquena del text refós de la Llei de contractes del sector públic, en la redacció que en fa l'article 4 de la Llei 31/2015, de 9 de setembre, disposa:

“Mitjançant un acord del Consell de Ministres o a través de l'òrgan competent en l'àmbit de les comunitats autònomes i de les entitats locals, es fixaran percentatges mínims de reserva del dret a participar en els procediments d'adjudicació de determinats contractes o de determinats lots d'aquests a centres especials d'ocupació i a empreses d'inserció regulades en la Llei 44/2007, de 13



de desembre, per a la regulació del règim de les empreses d'inserció, que complisquen els requisits establits en la normativa esmentada per a tindre aquesta consideració, o un percentatge mínim de reserva de l'execució d'aquests contractes en el marc de programes d'ocupació protegida, a condició que almenys el 30 per cent dels empleats dels centres especials d'ocupació, de les empreses d'inserció o dels programes siguen treballadors amb discapacitat o en risc d'exclusió social."

En el text remés a al·legacions s'inclouen les entitats sense ànim de lucre, novetat aquesta respecte del text refós de la Llei de contractes del sector públic.

La Directiva 2014/24/UE, en el cas dels serveis socials, culturals i de salut que s'arreglen en l'article 74 respecte dels serveis amb els codis CPV que arreplega, estableix en l'art. 77 la possibilitat de reserva del dret a participar en licitacions públiques a les entitats que complisquen "totes" les condicions següents: *a) que el seu objectiu siga la realització d'una missió de servei públic vinculada a la prestació dels serveis previstos en l'apartat 1; b) que els beneficis es reinvertisquen a fi d'aconseguir l'objectiu de l'organització; en el cas que es distribuïsquen o redistribuïsquen beneficis, la distribució o redistribució haurà de basar-se en consideracions de participació; c) que les estructures de direcció o propietat de l'organització que execute el contracte es basen en la propietat dels empleats o en principis de participació o exigisquen la participació activa dels empleats, els usuaris o les parts interessades) i d) que el poder adjudicador de què es tracte no haja adjudicat a l'organització un contracte per als serveis en qüestió d'acord amb el present article en els tres anys precedents.*

Ara bé, el precepte esmentat s'emmarca en la contractació de serveis socials i altres serveis específics que no té res a veure amb la reserva a què fa referència l'art. 20 de la Directiva i la disposició addicional cinquena del text refós. En efecte, la Directiva ha volgut establir uns procediments especials per a determinats contractes de serveis socials i altres serveis, com els sanitaris, culturals i altres establits en l'annex XIV. En aquests casos, l'art. 20 permet la reserva en la participació de licitacions de serveis socials, culturals i de la salut a les entitats que complisquen les característiques indicades. Ara bé, aquest precepte no té efecte directe, en la mesura que la Directiva 2014/24/UE indica que aquesta possibilitat poden exercir-la els estats membres pel que és necessari una norma de transposició.

Recomanació

1a. Eliminar del text l'al·lusió a les entitats sense ànim de lucre, ja que no té cabuda en l'art. 20 de les directives ni en la disposició addicional cinquena del text refós de la Llei de contractes del sector públic.

2n.- Establir respecte de les entitats sense ànim de lucre que caldrà ajustar-se al que disposa l'art. 77 de la Directiva 2014/24/UE, es podran reservar per llei determinats contractes a les entitats sense ànim de lucre que complisquen el que prescriu la norma comunitària.

Article 13. Incorporació de clàusules de responsabilitat social en la contractació pública

"1. Les administracions públiques impulsaran la inclusió de clàusules de responsabilitat social en

els plecs de clàusules administratives particulars en el sentit següent:

1.- Apartat a)

a) Incorporaran una clàusula contractual en tots els contractes públics que establisca que les persones o entitats licitadores, contractistes o subcontractistes o empreses filials o empreses interposades no poden realitzar operacions financeres en paradisos fiscals que siguen considerades delictives com ara delictes de blanqueig de capitals, frau fiscal o contra la Hisenda Pública. Amb aquest fi, s'exigirà a les persones o entitats licitadores l'aportació de la declaració responsable corresponent als efectes oportuns."

Els delictes contra la Hisenda Pública es troben previstos en el text refós de la Llei de contractes del sector públic com a causa de prohibició de contractar, concretament en l'article 60.1.a).

El requisit establert en l'esborrany de l'avantprojecte de Llei va més enllà de les exigències de la normativa en matèria de contractació, i s'exigeix una declaració responsable al licitador de no realitzar operacions financeres de caràcter delictiu sobre ells mateixos, dels seus subcontractistes, i empreses filials o interposades, participen o no en la licitació.

Fer que el licitador declare sobre els subcontractistes o les seues empreses filials si no es presenten a la licitació, pot generar, tal com està redactat l'apartat a), problemes per part del licitador que es pot negar a declarar responsablement per altres.

Des del punt de vista legal suposa un plus que excedeix el ja exigint per la normativa bàsica de contractació que, en tot cas, si es manté, és de difícil o impossible comprovació per part de l'òrgan de contractació en la licitació o al llarg de l'execució del contracte, si no hi ha una eficaç coordinació i col·laboració amb l'Agència Estatal d'Administració Tributària o altres òrgans competents en matèria de prevenció d'aquests delictes.

Així mateix, establiria a la Comunitat Valenciana un requisit addicional en la participació en les licitacions que podria ser contrari a l'art. 3 de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, d'unitat de mercat.

Recomanació:

Modificar el sentit d'aquest art. que case amb l'art. 60.1.a) del text refós de la Llei de contractes del sector públic i del 57 de la Directiva 2014/24/UE.

2.- Apartats c) i d)

-Apartat c).

c) Incorporaran l'obligació que les persones o entitats licitadores indiquen el conveni col·lectiu sectorial que serà aplicable a les persones treballadores que realitzen l'activitat objecte del contracte, en el cas de resultar adjudicatari, així com l'obligació de facilitar la informació que es requereix sobre les condicions de treball que una vegada adjudicat el contracte s'apliquen efectivament a les persones treballadores.

Aquesta clàusula pressuposa l'aplicació del conveni col·lectiu sectorial per l'empresari, quan la



normativa laboral preveu els convenis col·lectius propis o d'empresa. Ha de tindre's en compte que la redacció actual de l'article 84.2 de l'Estatut dels Treballadors disposa el següent:

"2. La regulació de les condicions establides en un conveni d'empresa, que podrà negociar-se en qualsevol moment de la vigència de convenis col·lectius d'àmbit superior, tindrà prioritat aplicativa respecte del conveni sectorial estatal, autonòmic o d'àmbit inferior en les matèries següents:

a) La quantia del salari base i dels complements salarials, inclosos els vinculats a la situació i resultats de l'empresa.

b) L'abonament o la compensació de les hores extraordinàries i la retribució específica del treball a torns.

c) L'horari i la distribució del temps de treball, el règim de treball a torns i la planificació anual de les vacances.

d) L'adaptació a l'àmbit de l'empresa del sistema de classificació professional dels treballadors.

e) L'adaptació dels aspectes de les modalitats de contractació que s'atribueixen per aquesta llei als convenis d'empresa.

f) Les mesures per a afavorir la conciliació entre la vida laboral, familiar i personal.

g) Aquelles altres que disposen els acords i convenis col·lectius [sectorials, d'àmbit estatal o autonòmic] a què es refereix l'article 83.2.

La mateixa prioritat aplicativa tindran en aquestes matèries els convenis col·lectius per a un grup d'empreses o una pluralitat d'empreses vinculades per raons organitzatives o productives i nominativament identificades a què es refereix l'article 87.1.

Els acords i convenis col·lectius [sectorials, d'àmbit estatal o autonòmic] a què es refereix l'article 83.2 no podran disposar de la prioritat aplicativa prevista en aquest apartat."

D'una altra part, el segon incís del text aborda un tema delicat, ja que fins a quin límit pot l'òrgan de contractació immiscir-se en l'esfera laboral en sol·licitar informació sobre les condicions de treball que efectivament s'hi apliquen. La doctrina del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals és en general partidària de no incloure en el plec del contracte obligacions que afecten l'esfera laboral. Així, en resolucions dictades en matèria de subrogació dels treballadors, ha mostrat la seua reticència al fet que els plecs imposen al contractista obligacions de contingut netament laboral i que formen part de l'estatus del treballador, del compliment o incompliment de les quals no correspon conèixer ni a l'Administració contractant ni a la jurisdicció contenciosa administrativa, sinó als òrgans de la jurisdicció social.

Recomanació

1a.- Fer referència als altres instruments normatius. Pot acudir-se al terme genèric 'convenis', o 'convenis sectorials o altres convenis'

2a.- Modificar el segon incís fent recaure sobre el contractista l'obligació de complir les condicions de treball que, una vegada adjudicat el contracte, siguen de la seua aplicació efectiva. Podria establir-se com a condició especial d'execució.

-Apartat d).

d) Indicarán que la persona o entidad adjudicatària, al llarg de tota l'execució del contracte, haurà d'abonar el salari arrellegat en el conveni col·lectiu sectorial aplicable segons la categoria professional que li corresponga a la persona treballadora, sense que en cap cas el salari a abonar pugui ser inferior a aquell.

En aquest sentit, el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid en la Resolució 16/2016, de 3 de febrer va considerar ajustat a dret un criteri d'adjudicació en la contractació dels "serveis per a la protecció i seguretat dels edificis dependents del Districte de Chamartín des de l'1 d'abril de 2016 al 31 de març de 2017" del sentit següent:

a) Pel compromís d'aplicar durant tota la vigència del contracte als vigilants, que realitzen la prestació del servei de vigilància i seguretat objecte del contracte, el conveni col·lectiu estatal de les empreses de seguretat vigent (o el text que el substituïska) en tot el que es refereix a retribucions.

Però tenint en compte que la seua inclusió, especialment en aquest tipus de contractes en què ens trobem amb prestacions personals i en què el component essencial ve donat pel cost de la mà d'obra no suposa tracte discriminatori per a cap empresa, ja que a l'hora d'elaborar les seues ofertes, les empreses que pretenguen obtindre puntuació per aquest o els altres dos criteris de caràcter social, necessàriament obtindran una menor puntuació en l'apartat de l'oferta econòmica, ja que hauran de pressupostar en principi majors despeses. En conseqüència, una puntuació compensa l'altra, dependent de l'estratègia empresarial que s'opte per un apartat o l'altre.

Quant a la vinculació amb l'objecte del contracte es basa la resolució del tribunal en la Sentència del Tribunal de Justícia de 10 de maig de 2012, en l'assumpte C-368/10, que assenyala que "no cal que un criteri d'adjudicació es referisca a una característica intrínseca d'un producte, és a dir, a un element incorporat materialment en aquest" que conclou que "res no s'oposa, en principi, al fet que el criteri esmentat es referisca al fet que un producte procedisca del comerç just".

Ara bé, completament contrari és el pronunciament del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en la Resolució 1059/2016, de 16 de desembre de 2016; el recurrent és el mateix i la recorreguda la Comunitat de La Rioja, que va establir en el mateix tipus de contracte idèntica clàusula a la de l'Ajuntament de Madrid.

Així, el tribunal assenyala: "En aquest sentit, doncs bé, la primera cosa que ha d'assenyalar-se és que la millora social que els plecs preveuen com a criteri d'adjudicació no té cabuda entre les que menciona el Considerant 99 de la Directiva 2014/24/UE, ni és anàloga a cap d'elles, perquè no té per objecte protegir la salut del personal que participa en l'execució del contracte. Ni afavorir la integració social de les persones desfavorides o dels membres de grups vulnerables, ni oferir formació per a adquirir les competències necessàries per al contracte de què es tracte. Si a això s'afeg que la seua exigència no deriva en una millor prestació del servei (ni tan sols afecta directament la forma o qualitat del servei objecte de la prestació) i que la seua valoració com a criteri d'adjudicació efectivament pot ocasionar distorsions entre els licitadors, ha de convindre's amb AESPRI que la seua inclusió com a criteri de valoració de les ofertes no és conforme amb el



dret”.

Després d’una anàlisi extensa, que no cal reproduir en aquest informe, sobre els motius pels quals el criteri esmentat és discriminatori i no proporcional, el Tribunal conclou:

“Per tant, d’acord amb el que s’ha exposat, ha d’estimar-se el recurs en aquest punt i declarar la inclusió d’aquest criteri d’adjudicació no ajustat al que preveuen els arts. 150 i següents del TRLCSP, per no tractar-se d’una clàusula social de les que la Directiva 24/2014 permet incloure com a criteris d’adjudicació, ni estar vinculada directament a l’objecte del contracte, ni resultar proporcional amb la resta dels criteris, i, a més, pot ser susceptible de provocar en la seua aplicació discriminació entre els licitadors.”

Recomanació

Atés que la Comunitat Valenciana té conveni subscrit amb el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals per a la resolució dels que s’interposen contra els actes dels òrgans de contractació de la Comunitat Valenciana, s’estima prudent no incloure aquest incís com a criteri d’adjudicació. En el cas que es licite a preus de conveni podrà establir-se com una condició especial d’execució.

3.- Apartat e)

e) Incorporaran, en els procediments de contractació en què el conveni col·lectiu sectorial impose a la persona o entitat adjudicatària l’obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals, l’advertència que aquesta obligació es troba sotmesa a subrogació dels contractes de totes les persones treballadores que a pesar de pertànyer a una altra contracta, realitzen l’activitat objecte del contracte.

Pel que fa a l’obligació de subrogació, l’article 120 del TRLCSP, exigeix que s’incloga en els plecs la informació sobre les condicions de subrogació en contractes de treball a la vista de legislació laboral que impose aquesta subrogació. Així, l’article 120 del text refós de la Llei de contractes del sector públic disposa:

«En aquells contractes que imposen a l’adjudicatari l’obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals, l’òrgan de contractació haurà de facilitar als licitadors, en el mateix plec o en la documentació complementària, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors a qui afecte la subrogació que resulte necessària per a permetre l’avaluació dels costos laborals que implicarà aquesta mesura. A aquest efecte, l’empresa que estiga efectuant la prestació objecte del contracte a adjudicar i que tinga la condició d’ocupadora dels treballadors afectats.

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en la Resolució 96/2015, de 30 de gener, ha indicat

a) Els plecs que regeixen la licitació o la documentació complementària han d’especificar, amb la suficient precisió i exactitud, tots els elements que resulten necessaris per a permetre als licitadors

una adequada avaluació dels costos laborals efectius en què incorreran, si resulten adjudicatari del contracte.

b) L'obligació d'informar sobre aquests aspectes recau en el mateix òrgan de contractació, el qual, al seu torn, haurà de demanar-la dels actuals adjudicatari. Si hi ha, almenys, l'aparença que pot haver-hi obligació de subrogar-se en els termes que determinen l'aplicació de l'article 120 TRLCSP —i sense que això supose perjudicar l'existència i abast d'aquesta obligació de subrogació— l'òrgan de contractació està obligat a requerir l'empresa que estiga efectuant la prestació objecte del contracte a adjudicar i que tinga la condició d'ocupadora dels treballadors afectats, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors a qui afecte la possible subrogació. Aquesta informació haurà de constar en el mateix plec o en la documentació complementària, i és també aconsellable que s'hi faci constar que aquesta informació es facilita en compliment del que preveu l'esmentat article 120 TRLCSP i sense que supose perjudicar l'existència i l'abast de l'obligació de subrogació.

El tribunal concreta el contingut i la responsabilitat de l'òrgan de contractació de la informació que ha de posar-se a disposició dels licitadors, que serà: *«la informació necessària per a permetre l'avaluació dels costos laborals que implicarà aquesta mesura. Certament, la forma de fer-ho que millor s'adapta al que s'ha exigint és fer constar, en qualsevol dels documents mencionats, la relació dels treballadors, amb l'especificació de la seua categoria laboral, tipus de contracte, antiguitat i salari percebut per cada un o d'ells. No obstant això, la indicació d'algunes d'aquestes dades pot ser omesa si es proporciona als licitadors els mitjans necessaris per a obtindre-les».*

L'obligació d'informar sobre les condicions del personal a subrogar correspon a l'òrgan de contractació i no es podrà emparar en la falta d'informació proporcionada pels actuals adjudicatari. Efectivament, ha de tindre's en compte que, quan la informació relativa als costos del personal no és correctament subministrada per l'adjudicatari, això suposa una vulneració del principi de transparència, però també del de no discriminació, perquè, en aquest cas, l'adjudicatària estarà en una clara situació d'avantatge respecte dels seus competidors, perquè sí que té informació puntual sobre la quantia d'aquests costos, que podrà tindre en compte a l'hora d'elaborar la seua oferta. És, per tant, l'òrgan de contractació qui ha de requerir l'adjudicatari perquè la informació subministrada siga completa i veraç, utilitzant tots els instruments establits en el plec per a exigir el compliment correcte d'aquesta obligació».

Quant a la veracitat de la informació subministrada, *«La veracitat de la informació subministrada per l'adjudicatari actual només pot ser responsabilitat d'aquest sense que per totes les raons traslladar a l'òrgan de contractació la càrrega de contrastar-la, no obstant això, sí que és tasca de l'òrgan esmentat comprovar que la informació és suficient i en cas de no ser-ho requerir l'adjudicatari perquè procedisca a completar-la i, fins i tot, podrà aplicar les conseqüències previstes en el plec, per al cas que incomplisca l'obligació esmentada, que ve imposada legalment i això per a evitar l'avantatge competitiu que tindria respecte dels altres licitadors, si la informació no és completa».*

Recomanació

1a.- La previsió d'aquest apartat es troba continguda en la normativa de contractació. Qüestió



distinta és si es vol fer-hi més insistència. Potser aquest apartat podria fer més estricta l'obligació del contractista de donar la informació completa, correcta i veraç, que en l'entitat adjudicadora que ja aplica per llei l'art. 120 del text refós.

2a.- Així mateix, de la redacció no s'entén clarament l'incís "*aquesta obligació es troba sotmesa a subrogació dels contractes de totes les persones treballadores que a pesar de pertànyer a una altra contracta, realitzen l'activitat objecte del contracte*". Per això es recomana una redacció més concorde d'aquesta advertència de l'obligació de subrogació a què fa referència el text refós de la Llei de contractes del sector públic.

4.- Apartat h)

h) Inclouran clàusules lingüístiques relatives a l'ús del valencià durant l'execució dels contractes, de conformitat amb el que disposa la Llei 4/1983, de 23 de novembre, d'ús i ensenyament del valencià.

No s'arriba a comprendre aquest apartat fins que no es desplegue reglamentàriament, atés que la llei que es projecta no concreta quin tipus de clàusules lingüístiques són procedents en l'execució dels contractes. El que resulta obvi és que no hauran de ser discriminatòries.

En conseqüència, tal com es troba redactat fa que no es puga valorar des del punt de vista legal la seua adequació a la normativa sobre contractació.

Recomanació

Es proposa la redacció següent: *Inclouran clàusules lingüístiques no discriminatòries relatives a l'ús del valencià durant l'execució dels contractes, de conformitat amb el que disposa la Llei 4/1983, de 23 de novembre, d'ús i ensenyament del valencià.*

Article 13.2

2. Els òrgans de contractació establiran mecanismes suficients per al compliment de les clàusules de responsabilitat social, hauran d'establir en els plecs les conseqüències del seu incompliment, que podran donar lloc a la imposició de penalitats, a la prohibició de contractar o a la resolució del contracte en aquells casos en què l'incompliment contractual es puga qualificar d'infracció greu.

Recomanació

Es creu convenient per a una millor comprensió d'aquest precepte que l'al·lusió a la prohibició de contractar es fera amb l'incís i en la forma següents: "**a la prohibició de contractar que estiguera prevista en la legislació de contractes del sector públic**".

És clar que les prohibicions de contractar no poden ser establides per l'òrgan de contractació sinó que són legislació bàsica que correspon a l'Estat i la seua aplicació en matèria social només es donarà en els supòsits i amb els requisits previstos en aquesta legislació.

Article 26. Beneficis de l'atorgament de la declaració d'Entitat valenciana socialment responsable"

Les entitats qualificades d'Entitat valenciana socialment responsable" i aquelles que compten amb una acreditació semblant reconeguda a la Comunitat Valenciana gaudiran, com a mínim, dels avantatges següents:

A) En matèria de contractació pública

D'acord amb el que preveu aquesta llei, en cas d'empat, tindran preferència en l'adjudicació aquelles entitats que acrediten tindre abans del procediment de licitació la qualificació d'Entitat valenciana socialment responsable" o semblant reconeguda a la Comunitat Valenciana.

Aquest precepte preveu una preferència d'adjudicació en cas d'empat per a les entitats que tinguen la qualificació d'entitat valenciana socialment responsable o semblant reconeguda a la Comunitat Valenciana. A aquest efecte, cal indicar els nombrosos pronunciaments dels tribunals central i autonòmics de recursos i pronunciaments judicials sobre la no conformitat a dret d'establir clàusules de territorialitat o arrelament territorial que suposen un trencament dels principis d'igualtat i no discriminació rectora de la contractació pública.

Amb més motiu, seria contrari a l'article 3, ja transcrit en aquest informe, de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, d'unitat de mercat, concretament al que disposa el seu apartat 2:

"2. Cap disposició de caràcter general, actuació administrativa o norma de qualitat que es referisca a l'accés o a l'exercici d'activitats econòmiques podrà contindre condicions ni requisits que tinguen com a efecte directe o indirecte la discriminació per raó d'establiment o residència de l'operador econòmic."

Recomanació

Es proposa eliminar "o semblant reconeguda a la Comunitat Valenciana." Ja que el reconeixement per norma estatal, norma autonòmica o norma comunitària o no comunitària pels estats no pot impedir aquesta consideració i hauria de ser suficient sense necessitat d'un nou reconeixement per la Comunitat.

No obstant això, aquest criteri de desempat continua oferint dubtes legals. Perquè el que s'està és valorant un títol, ja que la RSE (Responsabilitat Social d'Empresa), tal com la defineix l'OIT, és una actuació voluntària per les empreses. Potser que queden fora del desempat empreses que practiquen aquesta responsabilitat social però que no han adquirit la certificació. En aquest sentit se sotmet a consideració el criteri de desempat fixat en el projecte de Llei de contractes del sector públic, que en regular en l'art. 145 els criteris d'adjudicació, al·ludeix en l'apartat 10 al fet que en absència dels criteris establits en l'apartat 9, el contracte es resoldrà per mitjà de l'aplicació per ordre dels criteris socials següents, referits al moment de finalitzar el termini de presentació d'ofertes, entre els quals figura:

d) Nombre més gran d'iniciatives posades en marxa per cada una d'elles en l'àmbit de la responsabilitat social corporativa, conforme al concepte utilitzat per l'Organització Internacional del Treball o pel dret comunitari



Aquest informe s'emet a l'empara de l'art. 2. 1 a) del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa.

Vist i plau EL PRESIDENT
(Per substitució art. 1 .a)
Ordre d'11 de juny de 2001
DOGV 17/07/2001)
LA VICEPRESIDENTA

LA SECRETÀRIA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA en data 3 de
febrer de 2017.