

Junta Superior de Contratación Administrativa
C/ Palau ,12-3ª planta
46003 VALENCIA
Tel.: 961 6013072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

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

INFORME 2/2017, DE 3 DE FEBRERO DE 2017. BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE LA GENERALITAT PARA EL FOMENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.

ANTECEDENTES

Remitido en fecha 11 de enero de 2017 el texto del Borrador de Anteproyecto de Ley de la Generalitat para el Fomento de la Responsabilidad Social, para alegaciones, el Servicio Central de Contratación, en el ejercicio de las funciones de Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa que tiene asignadas, eleva el presente informe a dicho órgano por considerar que debería ser informado por el mismo en virtud del artículo 2.1 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa, que, al establecer las funciones consultivas de la Junta relativas a la emisión de informes, su párrafo segundo dispone:

“Este informe será preceptivo en los supuestos que señale la legislación vigente en materia de contratación administrativa y, en todo caso, en:

a) los proyectos de disposiciones de carácter general de la Generalitat Valenciana, que incidan en materia de contratación administrativa, con carácter previo al dictamen del Consejo Jurídico Consultivo, en su caso.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I.- Consideraciones generales

Antes de entrar en el análisis de los preceptos relativos a la contratación contenidos en el borrador de Anteproyecto debemos recordar las orientaciones de la Directiva 2014/24/UE y la Jurisprudencia europeas, así como la doctrina sobre la materia de los tribunales de recursos especiales en materia de contratación, concretamente, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

a) En la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y el Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública son numerosas las referencias a los criterios sociales y medioambientales y su introducción en las distintas fases de los contratos y, en particular, como criterio de adjudicación:

CONSIDERANDO 40:

El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado.

CONSIDERANDO 97

Por otra parte, a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato público en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción, prestación o comercio de dichas obras y sus condiciones, suministros o servicios, o un proceso específico en una fase ulterior de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Entre los criterios y condiciones relativos a dicho proceso de producción o prestación figura, por ejemplo, que en la fabricación de los productos adquiridos no se hayan utilizado productos químicos tóxicos, o la de que los servicios adquiridos se presten utilizando máquinas eficientes desde el punto de vista energético. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aquí deben incluirse también los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato que se refieran al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato que vaya a ser adjudicado. Los criterios y condiciones relativos al comercio y sus condiciones pueden referirse, por ejemplo, al hecho de que el producto de que se trate procede del comercio justo, incluyendo el requisito de pagar un precio mínimo y una prima a los productores. Entre las condiciones de ejecución de un contrato relativas a las consideraciones medioambientales pueden figurar, por ejemplo, la entrega, el embalaje y la eliminación de productos, y, en lo que se refiere a los contratos de obras y servicios, la minimización de los residuos y la eficiencia energética.

CONSIDERANDO 98

Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.



CONSIDERANDO 99

Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.

Art 18. Principios de la contratación

2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral.

Art. 67. Criterios de adjudicación

1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la

comercialización y sus condiciones;

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato.

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución

3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida,

Incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material

4. Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada.

Art. 69. Ofertas anormalmente bajas.

Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.

Art. 70. Condiciones especiales de ejecución

Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.

b) Por su parte, **la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** reafirma algunos criterios o requisitos relativos a las cláusulas sociales que pueden ser orientativos:

- Que no resulten contrarias a Derecho porque introducen elementos distorsionadores de la igualdad, no discriminación y concurrencia ni desvirtúen el principio general de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.

- El carácter transfronterizo de los contratos sometidos a las directivas rigiendo el derecho a la libre prestación de servicios y, por tanto, las referencias siempre a disposiciones de carácter general que rijan el Estado miembro cuando se trate de mejoras en la calidad del Empleo



- Su vinculación al objeto del contrato en el sentido del art. 67 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.
- La utilización de las especificaciones técnicas para introducir aspectos sociales o medioambientales, comúnmente admitida.
- Los criterios y requisitos de solvencia técnica y profesional solo pueden venir referidos a los medios establecidos en la normativa para acreditarla.

c) En otro orden, la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2016**, por la que se declara nula la **Norma Foral 1/2014, de 12 de febrero, para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obra del sector público foral, aprobada por las Juntas Generales de Álava y publicada en el Boletín Oficial de ese Territorio de 24-2-2014**, destaca claramente un requisito más: el de la competencia, en este caso, en materia de contratación y en materia laboral. Así en cuanto a las condiciones especiales de ejecución señala que el artículo 118 del TRLCSP no atribuye competencia normativa alguna en materia de trabajo y seguridad social y su finalidad es muy concreta, se trata de favorecer determinadas contrataciones laborales como las de las personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades por razón de sexo en el mercado laboral, combatir el desempleo, promover la formación y las finalidades que se establezcan (se remite así al desarrollo reglamentario), así como para garantizar el cumplimiento de Convenciones fundamentales de la OIT (no del resto de la normativa laboral que deberá por eso atenerse a sus propias normas y controles para su observancia). Lo que no hace el precepto en absoluto, en coherencia con la distribución competencial en la materia que antes hemos analizado, es facultar al órgano de contratación para establecer el contenido de la relación laboral, las condiciones de trabajo serán las procedentes según su propio sistema de fuentes.

d) El **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** ha dictado recientemente sendas resoluciones que inciden en material de cláusulas sociales.

Resolución 160/2016

La doctrina de este Tribunal es en general partidaria de no incluir en el pliego del contrato obligaciones que afecten a la esfera laboral. Así, en Resoluciones dictadas en materia de subrogación de los trabajadores, ha mostrado su reticencia a que los pliegos impongan al contratista obligaciones de contenido netamente laboral y que formen parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la Jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la Jurisdicción social.

En el caso enjuiciado se trataba de imponer a los contratistas, como condiciones especiales de ejecución, la autorización por la administración (en este caso del Alcalde) de cualquier modificación en las condiciones de trabajo. Y una segunda basada en que en *caso de ser calificado por los Juzgados y Tribunales del orden Social el despido de "improcedente" del personal fijo de empresa, la obtención de la referida calificación implicará de forma forzosa la readmisión, salvo que el/la afectado/a optará por la indemnización, previa aprobación por parte del Pleno Municipal*

“Analizando el clausulado cuestionado a la luz de lo expuesto, debemos partir de que el mismo tiene el objetivo de dificultar la modificación en las condiciones contractuales, y de fomentar la readmisión del trabajador, sometiendo una y otra facultad (que en principio están dentro del poder de dirección del empresario en el margen que le otorga la legislación y convenios aplicables) al control de la Administración contratante. Ni el artículo 118 TRLCSP, ni la “Comunicación” de la Comisión, ni las nuevas Directivas, mencionan un objetivo relacionado con dicho clausulado (pues se refieren a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, contratación de personas con discapacidad...).

En definitiva, en nuestro caso, las condiciones especiales de ejecución que nos ocupan, afectantes a las obligaciones de la empresa respecto de sus trabajadores, pueden resultar contrarias al Derecho de la UE, en lo referido a la libre prestación de servicios.”

II. Análisis del Borrador de Anteproyecto

Analizando los preceptos del Borrador de Anteproyecto de Ley relativos a la contratación pública se informa lo siguiente:

Artículo 12.

1.- Artículo 12.1. segundo párrafo -

“La incorporación de los citados criterios no podrá suponer en ningún caso la infracción de los principios de la contratación: igualdad, no discriminación, publicidad, libre concurrencia y actuación transparente y proporcionada. “

Se echa en falta en el apartado segundo la referencia a la libre prestación de servicios dado el carácter transfronterizo de los contratos sometidos a las Directivas y normas de la UE.

Recomendación: Se sugiere la siguiente redacción

La incorporación de los citados criterios no podrá suponer en ningún caso la infracción de los principios de la contratación: igualdad, no discriminación, publicidad, libre concurrencia y la libre prestación de servicios.

2.- Artículo 12.2 segundo párrafo

“A estos efectos, los órganos de contratación reservarán la participación en el proceso de adjudicación de determinados contratos de obras, suministros y servicios a centros especiales de empleo, empresas de inserción y entidades sin ánimo de lucro, cuyo objetivo principal sea apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas con discapacidad. Los anuncios de licitación deberán hacer referencia expresa a esta disposición.”

El artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE señala la posible reserva del derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los



programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

Por su parte, la Disposición adicional Quinta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en la redacción dada por el artículo 4 de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, dispone:

“Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por ciento de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social.”

En el Texto remitido a alegaciones se incluyen las entidades sin ánimo de lucro, novedad esta respecto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público

La Directiva 2014/24/UE en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se recogen en su artículo 74 respecto de los servicios con los códigos CPV que contempla, establece en su art. 77 la posibilidad de reserva del derecho a participar en licitaciones públicas a las entidades que cumplan “todas” las siguientes condiciones: a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1; b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación; c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas) y d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

Ahora bien dicho precepto se enmarca en la contratación de servicios sociales y otros servicios específicos que nada tiene que ver con la reserva a que hace referencia el art. 20 de la Directiva y la disposición adicional Quinta del Texto Refundido. En efecto, la Directiva ha querido establecer unos procedimientos especiales para determinados contratos de servicios sociales y otros servicios, como los sanitarios, culturales y otros establecidos en el Anexo XIV. En estos casos, el art. 20 permite la reserva en la participación de licitaciones de servicios sociales, culturales y de la salud a las entidades que cumplan con las características indicadas. Ahora bien, este precepto no tiene efecto directo, en la medida en que la Directiva 2014/24/UE indica que dicha posibilidad pueden ejercerla los Estados miembros por lo que es necesario una norma de transposición.

Recomendación

1ª. Eliminar del texto la alusión a las entidades sin ánimo de lucro, ya que no tiene cabida en el art. 20 de la Directivas ni en la disposición Adicional Quinta del Texto Refundido de la Ley de Contratos

del Sector Público

2º.- Establecer respecto de las entidades sin ánimo de lucro que se estará a lo dispuesto en el art. 77 de la Directiva 2014/24/UE pudiéndose por Ley reservar determinados contratos a las entidades sin ánimo de lucro que cumplan lo prescrito en la norma comunitaria.

Artículo 13. Incorporación de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública

“1. Las Administraciones Públicas impulsarán la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en el siguiente sentido:

1.- Apartado a)

a) Incorporarán una cláusula contractual en todos los contratos públicos que establezca que las personas o entidades licitadoras, contratistas o subcontratistas o empresas filiales o empresas interpuestas no pueden realizar operaciones financieras en paraísos fiscales que sean consideradas delictivas como delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal o contra la Hacienda Pública. A tal fin, se exigirá a las personas o entidades licitadoras la aportación de la correspondiente declaración responsable a los efectos oportunos.”

Los delitos contra la Hacienda Pública se hallan previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como causa de prohibición de contratar, concretamente en el artículo 60.1.a).

El requisito establecido en el borrador del Anteproyecto de Ley va más allá de las exigencias de la normativa en materia de contratación, y se exige una declaración responsable al licitador de no realizar operaciones financieras de carácter delictivo sobre ellos mismos, de sus subcontratistas, y empresas filiales o interpuestas, participen o no en la licitación

Hacer que el licitador declare sobre los subcontratistas o sus empresas filiales si no se presentan a la licitación puede generar, tal y como está redactado el apartado a), problemas por parte del licitador que se puede negar a declarar responsablemente por otros.

Desde el punto de vista legal supone un plus que excede lo ya exigido por la normativa básica de contratación que, en cualquier caso, si se mantuviese, es de difícil o imposible comprobación por parte del órgano de contratación en la licitación o a lo largo de la ejecución del contrato, si no hay una eficaz coordinación y colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria u otros órganos competentes en materia de prevención de tales delitos.

Asimismo establecería en la Comunidad Valenciana un requisito adicional en la participación en las licitaciones que podría ser contrario al art. 3 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Unidad de Mercado.

Recomendación:

Modificar el sentido de este art. que case con el art. 60.1.a) del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público y del 57 de la Directiva 2014/24/UE.



2.- Apartados c) y d)

- Apartado c).

c) Incorporarán la obligación de que las personas o entidades licitadoras indiquen el convenio colectivo sectorial que será de aplicación a las personas trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato, en el caso de resultar adjudicatarios, así como la obligación de facilitar cuanta información se requiera sobre las condiciones de trabajo que una vez adjudicado el contrato se apliquen efectivamente a las personas trabajadoras.

Esta cláusula presupone la aplicación del convenio colectivo sectorial por el empresario, siendo que la normativa laboral contempla los convenios colectivos propios o de empresa. Debe tenerse en cuenta que la actual redacción del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone lo siguiente:

“2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.

e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.

f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos [sectoriales, de ámbito estatal o autonómico] a que se refiere el artículo 83.2.

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1.

Los acuerdos y convenios colectivos [sectoriales, de ámbito estatal o autonómico] a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.”

De otra parte, el segundo inciso del texto aborda un tema delicado por cuanto hasta que limite puede el órgano de contratación inmiscuirse en la esfera laboral al solicitar información sobre las condiciones de trabajo que efectivamente se apliquen. La doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es en general partidaria de no incluir en el pliego del contrato obligaciones que afecten a la esfera laboral. Así, en Resoluciones dictadas en materia de subrogación de los trabajadores, ha mostrado su reticencia a que los pliegos impongan al contratista obligaciones de contenido netamente laboral y que formen parte del status del

trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la Jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la Jurisdicción social.

Recomendación

1ª.- Hacer referencia a los otros instrumentos normativos. Puede acudirse al término genérico 'convenios', o 'convenios sectoriales u otros convenios'

2ª.- Modificar el segundo inciso haciendo recaer la obligación sobre el contratista de cumplir con las condiciones de trabajo que, una vez adjudicado el contrato, sean de su aplicación efectiva. Podría establecerse como condición especial de ejecución

- Apartado d).

d) Indicarán que la persona o entidad adjudicataria deberá, a lo largo de toda la ejecución del contrato, abonar el salario recogido en el convenio colectivo sectorial de aplicación según la categoría profesional que le corresponda a la persona trabajadora, sin que en ningún caso el salario a abonar pueda ser inferior a aquel.

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 16/2016, de 3 de febrero consideró ajustado a Derecho un criterio de adjudicación en la contratación de los “servicios para la protección y seguridad de los edificios dependientes del Distrito de Chamartín desde el 1 de abril de 2016 al 31 de marzo de 2017” del siguiente sentido:

a) Por el compromiso de aplicar durante toda la vigencia del contrato a los vigilantes, que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato, el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad vigente (o el texto que le sustituya) en todo lo relativo a retribuciones

Pero teniendo en cuenta que su inclusión, especialmente en este tipo de contratos en los que nos encontramos con prestaciones personales y en los que el componente esencial viene dado por el coste de la mano de obra no supone trato discriminatorio para ninguna empresa, puesto que a la hora de elaborar sus ofertas, las empresas que pretendan obtener puntuación por este o los otros dos criterios de carácter social, necesariamente obtendrán una menor puntuación en el apartado de la oferta económica, ya que deberán presupuestar en principio mayores gastos. En consecuencia, una puntuación compensa a la otra, dependiendo de la estrategia empresarial que se opte por un apartado o el otro.

En cuanto a la vinculación con el objeto del contrato se basa la resolución del Tribunal en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, que señala que “no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste” que concluye que “nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo”.

Ahora bien, completamente contrario es el pronunciamiento del Tribunal Administrativo Central de



Recursos Contractuales en su Resolución 1059/2016, de 16 de diciembre de 2016, siendo el recurrente el mismo y la recurrida la Comunidad de La Rioja, que estableció en el mismo tipo de contrato idéntica cláusula a la del Ayuntamiento de Madrid.

Así, el Tribunal señala : *“En este sentido, pues bien, lo primero que debe señalarse es que la mejora social que los Pliegos contemplan como criterio de adjudicación no tiene cabida entre las que menciona el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE, ni es análoga a ninguna de ellas, pues no tiene por objeto proteger la salud del personal que participa en ta ejecución del contrato. Ni favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables, ni ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate. Si a ello se añade que su exigencia no deriva en una mejor prestación del servicio (ni siquiera afecta directamente a la forma o calidad del servicio objeto de la prestación) y que su valoración como criterio de adjudicación efectivamente puede ocasionar distorsiones entre los licitadores, debe convenirse con AESPRI que su inclusión como criterio de valoración de las ofertas no es conforme a Derecho”.*

Después de un extenso análisis que no precisa reproducirse en este Informe, sobre los motivos por los que el citado criterio es discriminatorio y no proporcional, el Tribunal concluye:

“Debe, por tanto, conforme todo lo expuesto, estimarse el recurso en este punto, declarando la inclusión de este criterio de adjudicación no ajustado a lo previsto en los arts. 150 y siguientes del TRLCSP, al no tratarse de una cláusula social de las que la Directiva 24/2014 permite incluir como criterios de adjudicación ni estar vinculada directamente al objeto del contrato ni resultar proporcional con el resto de los criterios, pudiendo ser además susceptible de provocar en su aplicación discriminación entre tos licitadores.”

Recomendación

Dado que la Comunitat Valenciana tiene convenio suscrito con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para la resolución de los que se interpongan contra los actos de los órganos de contratación de la Comunidad Valenciana, se estima prudente no incluir este inciso como criterio de adjudicación. En el caso que se licite a precios de convenio podrá establecerse como una condición especial de ejecución.

3.- Apartado e)

e) Incorporarán, en los procedimientos de contratación en los que el convenio colectivo sectorial imponga a la persona o entidad adjudicataria la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, la advertencia de que esa obligación se encuentra sometida a subrogación de los contratos de todas las personas trabajadoras que a pesar de pertenecer a otra contrata, vengan realizando la actividad objeto del contrato.

Por lo que se refiere a la obligación de subrogación, el artículo 120 del TRLCSP, exige que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo a la vista de legislación laboral que imponga tal subrogación. Así, artículo 120 del Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público dispone:

«En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 96/2015, de 30 de enero, ha indicado

a) Los pliegos que rigen la licitación o la documentación complementaria deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato.

b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP —y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación— el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga, igualmente, constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

El Tribunal concreta el contenido y responsabilidad del órgano de contratación de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será: *«la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos».*

«La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a



la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación».

En cuanto a la veracidad de la información suministrada, *“La veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de éste sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso, aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es completa».*

Recomendación

1ª.- La previsión de este apartado se halla contenida en la normativa de contratación. Cuestión distinta es por si se quiere hacer más hincapié en la misma. Quizá este apartado podría hacer más estricta la obligación del contratista de dar la información completa, correcta y veraz, que en la entidad adjudicadora que ya por Ley aplica el art. 120 del Texto Refundido

2ª.- Asimismo de la redacción no se entiende claramente el inciso *“ esa obligación se encuentra sometida a subrogación de los contratos de todas las personas trabajadoras que a pesar de pertenecer a otra contrata, vengán realizando la actividad objeto del contrato”* .Por ello se recomienda una redacción más acorde de esa advertencia de la obligación de subrogación a que hace referencia al el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

4.- Apartado h)

h) Incluirán cláusulas lingüísticas relativas al uso del valenciano durante la ejecución de los contratos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/1983, de 23 de noviembre, de Uso y Enseñanza del Valenciano.

No se alcanza a comprender este apartado hasta que no se desarrolle reglamentariamente dado que la Ley que se proyecta no concreta qué tipo de cláusulas lingüísticas proceden en la ejecución de los contratos. Lo que resulta obvio es que no deberán ser discriminatorias.

En consecuencia, tal y como se encuentra redactado no da lugar a que se pueda valorar desde el punto de vista legal su adecuación a la normativa sobre contratación.

Recomendación

Se propone la siguiente redacción *Incluirán cláusulas lingüísticas no discriminatorias relativas al uso del valenciano durante la ejecución de los contratos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/1983, de 23 de noviembre, de Uso y Enseñanza del Valenciano.*

Artículo 13.2

2. Los órganos de contratación establecerán mecanismos suficientes para el cumplimiento de las cláusulas de responsabilidad social, debiendo establecer en los pliegos las consecuencias de su incumplimiento, que podrán dar lugar a la imposición de penalidades, a la prohibición de contratar o a la resolución del contrato en aquellos casos en los que el incumplimiento contractual se pueda calificar como infracción grave

Recomendación

Se estima conveniente para una mejor comprensión de este precepto que la alusión a la prohibición de contratar se hiciera con el inciso y en la forma siguientes: **“a la prohibición de contratar que estuviere prevista en la legislación de contratos del sector público”**.

Es claro que las prohibiciones de contratar no pueden ser establecidas por el órgano de contratación sino que son legislación básica que corresponde al Estado y su aplicación en materia social solo se dará en los supuestos y con los requisitos previstos en dicha legislación.

Artículo 26. Beneficios del otorgamiento de la declaración de “Entidad Valenciana socialmente responsable”

Las entidades calificadas como “Entidad Valenciana socialmente responsable” y aquellas que cuenten con una acreditación similar reconocida en la Comunitat Valenciana gozarán, como mínimo, de las siguientes ventajas:

A) En materia de contratación pública

De acuerdo con lo previsto en esta Ley, en caso de empate, tendrán preferencia en la adjudicación aquellas entidades que acrediten tener con anterioridad al procedimiento de licitación la calificación de “Entidad Valenciana socialmente responsable” o similar reconocida en la Comunitat Valenciana. “

Este precepto contempla una preferencia de adjudicación en caso de empate para las entidades que tengan la calificación de entidad valenciana socialmente responsable o similar reconocida en la Comunitat Valenciana. A estos efectos indicar los numerosos pronunciamientos de los Tribunales central y autonómicos de recursos y pronunciamientos judiciales sobre la no conformidad a Derecho de establecer cláusulas de territorialidad o arraigo territorial que suponen una quiebra a los principios de igualdad y no discriminación rectores de la contratación pública.

A mayor abundamiento, sería contrario al artículo 3, ya transcrito en este informe, de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Unidad de Mercado, concretamente a lo dispuesto en su apartado 2:

“2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.”



Recomendación

Se propone eliminar “o similar reconocida en la Comunitat Valenciana.” Puesto que el reconocimiento por norma estatal , norma autonómica o norma comunitaria o no comunitaria por los Estados no puede impedir tal consideración y debería ser suficiente sin necesidad de su nuevo reconocimiento por la Comunitat.

No obstante este criterio de desempate sigue ofreciendo dudas legales. Porque lo que se está es valorando un título, ya que la RSE (Responsabilidad Social de Empresa) siendo una actuación voluntaria por las empresas tal y como la define la OIT, puede que queden fuera del desempate empresas que practican tal responsabilidad social pero no han adquirido la certificación. En este sentido se somete a consideración el criterio de desempate fijado en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que al regular en su art. 145 los criterios de adjudicación, alude en su apartado 10 , a que en defecto de los criterios establecidos en el apartado 9 el contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas, entre los que figura:

d) Mayor número de iniciativas puestas en marcha por cada una de ellas en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, conforme al concepto utilizado por la Organización Internacional del Trabajo o por el derecho comunitario

El presente Informe se emite al amparo del art. 2. 1 a) del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa.

Vº Bº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)
LA VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA



APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 3 de
febrero de 2017.