

Informe 44/04, de 12 de noviembre de 2004. "Posibilidad de inclusión de cláusulas de discriminación positiva en los pliegos".

Clasificación de los informes: 11.2 Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 15.2 Concursos.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Valladolid se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Ante las dudas planteadas sobre la legalidad de la Acción que figura en el III Plan Municipal de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2003-2006) como Acción 111.1.10, se acuerda solicitar informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto a este tema.

El III Plan Municipal de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres del Ayuntamiento de Valladolid (2003-2006) contempla entre otras la Acción III.1.10, que textualmente dice:

"Valorar la contratación de mujeres en las empresas contratadas por el Ayuntamiento.

Inclusión en los pliegos de contratación con empresas, o bien en las instrucciones de valoración técnicas, de una cláusula en la que se valore, en igualdad de condiciones de las empresas presentadas, la contratación de mujeres."

La Comisión Especial para la Promoción de la Igualdad de la Mujer de este Ayuntamiento en su sesión de fecha 14 de junio de 2004, ante las dudas sobre la posible legalidad la puesta en práctica de esta Acción, considera conveniente el solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación.

De conformidad con esta propuesta la Alcaldía de Valladolid, según lo dispuesto por el Real Decreto 1098/2001 en su art. 17, hace a la Junta Consultiva de Contratación la siguiente consulta:

¿Es ajustado a derecho el incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, una cláusula por la cual se establece una preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tenga en su plantilla el mayor porcentaje de mujeres trabajadoras sobre el total de la plantilla, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se plantea en el presente expediente –la posibilidad de incluir cláusulas en los pliegos estableciendo una preferencia en la adjudicación para aquéllas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla el mayor porcentaje de mujeres trabajadoras sobre el total de la plantilla- ha de ser resuelta desde el punto de vista estricto de la contratación administrativa, único competencia de esta Junta, examinando los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los criterios de los informes de esta Junta y las soluciones del Derecho comunitario que puedan resolver en sentido positivo o negativo tal posibilidad.

Con ello se quiere resaltar que no es misión de esta Junta el enjuiciar en abstracto la preferencia que se pretende establecer a otros efectos, en particular si tal preferencia es manifestación del principio de igualdad de oportunidades o, por el contrario, significa una discriminación contraria al principio constitucional de igualdad, de sentido positivo para las mujeres y de sentido negativo para los hombres.

2. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas regula los criterios para la adjudicación de concursos en su artículo 86, destacando su carácter necesariamente objetivo.

En la disposición adicional octava aborda la inclusión de determinadas cláusulas de las denominadas sociales estableciendo una preferencia para las proposiciones que igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos, en el apartado 1, para las empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 y en el apartado 2, introducido por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato.

3. Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado sobre la admisibilidad de cláusulas de protección de minusválidos en su informe de 18 de diciembre de 1998 (expediente 44/98) que, en sus apartados 3, 4, 5 y 6 se expresa con los siguientes argumentos:

“3. La segunda cuestión que se plantea es la posibilidad de introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los concursos para la adjudicación de contratos de obras criterios que atribuyan una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa por trabajadores de la empresa o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución de la obra. Tal cuestión debe ser abordada, con carácter general, en el ámbito de la normativa comunitaria y de la legislación española para examinar, a continuación, cada uno de los criterios reseñados.

4. La normativa comunitaria en materia de contratos de obras está constituida, como es sabido, por la Directiva 93/37/CEE, del Consejo de 14 de junio de 1993, aunque se llegaría a conclusiones idénticas del examen de la Directiva 93/36/CEE sobre contratos de suministro y de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, que, en los aspectos que van a ser examinados, establecen las mismas reglas que las que hoy figuran incorporadas a la Directiva 93/37/CEE.

En el Capítulo 2 de su Título IV (artículos 24 a 29) bajo la rúbrica “criterios de selección cualitativa” la Directiva 93/37/CEE establece las condiciones que han de reunir las empresas para concurrir a las licitaciones, unas de carácter positivo (inscripción en determinados Registros, capacidad financiera, económica y técnica y posibilidad de clasificación) y otras de carácter negativo (circunstancias que permiten excluir a las empresas de licitación). Por su parte, el Capítulo 3 del mismo Título IV (artículos 30 a 32) bajo la rúbrica de “criterios de adjudicación del contrato” establece los dos únicos de adjudicación al precio más bajo o de adjudicación a la oferta más ventajosa económicamente, indicando que en este último caso se atenderá a criterios que variarán en función del contrato, por ejemplo, el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

Una interpretación de los preceptos de la Directiva 71/305/CEE, hoy sustituidos por los de la Directiva 93/37/CEE, coincidentes con aquellos en estos extremos, la realiza la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/87-Beentjes B.V.) que, aparte de otras declaraciones afectantes a otros extremos en ella planteados, aborda la cuestión de la diferenciación entre la fase de selección del contratista y la fase de adjudicación del contrato, la de los criterios de adjudicación del concurso cuando no juega el del precio más bajo y la de la condición de emplear parados de larga duración.

En cuanto a la diferenciación entre selección del contratista y adjudicación del contrato, basta remitirse a nuestro informe de 11 de noviembre de 1998 (expediente 27/98) con el que con base a la sentencia que examinamos y los criterios de solvencia, entre ellos la experiencia, se sostenía que, en los procedimientos abiertos, tales criterios debían tenerse en cuenta en la fase de selección del contratista y no en la adjudicación del contrato.

En cuanto a los criterios de adjudicación que no sean el del precio más bajo la sentencia realiza la siguiente declaración:

“Sí la segunda alternativa (se refiere a la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa), deja a los poderes adjudicadores la elección del criterio de adjudicación del contrato que ellos consideran conveniente, esta elección no puede basarse más que en criterios tendentes a identificar la oferta económicamente más ventajosa” añadiendo que “en efecto, no es más que a título de excepción el que el apartado 4 del mismo artículo (se refiere al artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, coincidente con el artículo 30, apartado 3 de la Directiva 93/37/CEE) admita que la adjudicación pueda ser fundada sobre criterios de naturaleza diferente en el cuadro de una reglamentación tendente a hacer beneficiarse a ciertos licitadores de una preferencia a título de ayuda, a condición de que la reglamentación invocada sea compatible con el Tratado, particularmente con los artículos 92 y siguientes”.

Interesa destacar que aunque la sentencia admita la utilización de otros criterios para la adjudicación lo hace con carácter muy limitado, puesto que la referencia al apartado 4 del artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, hoy artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, limita tal posibilidad a que criterios distintos de los del precio más bajo o de proposición más ventajosa económicamente estén establecidos o previstos en una normativa vigente en el momento de adoptar la Directiva (se refiere a la 71/305/CEE) que tenga por objeto que algunos licitadores tengan preferencia con la condición de que la normativa indicada sea compatible con el Tratado. Obviamente esta excepción no resultaría aplicable en ningún caso a España, que en la fecha de incorporación de la Directiva 71/305/CEE no tenía en vigor tal normativa excepcional sin perjuicio de que además, como veremos, la discriminación por razón de nacionalidad sea incompatible con el Tratado.

Refiriéndose a la condición de emplear parados de larga duración se realiza en la misma sentencia la siguiente consideración:

“La exigencia de emplear parados de larga duración podría notablemente enfrentarse al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado por el artículo, apartado 2 del Tratado, en el caso de que se revelase que tal condición no podría ser cumplida más que por los licitadores nacionales o bien que sería muy difícilmente cumplida por los licitadores provenientes de otros Estados miembros” añadiendo que “corresponde al juez nacional verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, si la exigencia de tal condición tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta”. En la propia sentencia se califica la condición de emplear parados de larga duración como “condición particular suplementaria”.

Hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho al que se refiere la sentencia no es el de que la condición de emplear parados sea un criterio para la adjudicación del contrato, sino una condición exigida a todos los licitadores, pero la argumentación utilizada en cuanto a la discriminación o no discriminación aporta elementos interpretativos valiosos a efectos del presente informe.

Como resumen de la normativa comunitaria constituida por la Directiva 93/37/CEE y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que esta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros, es decir,

que no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales sino también por los licitadores de otros Estados miembros.

5. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene preceptos muy similares a los de las Directivas comunitarias, como no podía ser de otra manera, y, por tanto, deben ser interpretados en el sentido señalado, tanto en relación con el contrato de obras, como en relación con los demás contratos regulados en la propia Ley.

La solvencia económica, financiera y técnica de las empresas se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley y los criterios de adjudicación en los concursos (criterio de adjudicación a la proposición más ventajosa económicamente en la terminología comunitaria) se contemplan en el artículo 87 que señala que deberán ser objetivos, figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, indicándose por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, sin que en la enumeración de criterios que a título ejemplificador realiza (precio, fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica y el servicio postventa) aparezca ninguno que haga referencia a características de la empresa, sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato.

Por lo demás, la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene un precepto significativo que viene a demostrar que cuando se quieren incluir características de la empresa entre los criterios de adjudicación del concurso se hace de manera expresa en la propia Ley y con un alcance verdaderamente limitado. Nos estamos refiriendo a la ya examinada disposición adicional octava referente a la contratación de minusválidos por la empresa licitadora cuyo criterio es posible incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, precisamente por su contemplación por la Ley, no tratándose, en realidad de un propio criterio de adjudicación sino que tiene el alcance más limitado de atribuir preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos solo en el caso de que "dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación".

También, por tanto, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que las Directivas comunitarias, diferencian la fase de selección de contratistas, en la que se toman en consideración características de las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que en el concurso, han de establecerse criterios objetivos de las propias ofertas o del objeto del contrato, siendo necesario para que excepcionalmente pudieran establecerse otras condiciones, que no produzcan efectos discriminatorios respecto a otros empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, debiendo destacarse, como ejemplo significativo de lo expuesto, el contenido de la disposición adicional octava de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

6. Resta por último, en el presente informe hacer algunas consideraciones sobre los criterios concretos que se mencionan en el escrito de consulta, pues la exclusión de alguno de ellos puede tener un fundamento distinto al basado en las consideraciones expuestas. En cuanto a los criterios de estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, de porcentaje de trabajadores con contrato indefinido y de las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato es evidente que constituyen características de las empresas que no pueden funcionar como criterios de adjudicación en el concurso, sobre todo, dado que pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías laborales de la legislación

española o que se verán imposibilitados o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos.

En cuanto al criterio de adjudicación de ejecución directa del contrato por trabajadores de la empresa su rechazo deriva de la propia regulación de la subcontratación en el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues si este último admite la subcontratación y establece sus requisitos parece un contrasentido que, por vía de los criterios de adjudicación, se prime a las empresas que deciden no utilizar las posibilidades del citado artículo 116, dejando aparte las consideraciones que en este lugar podrían hacerse en orden a la contradicción de tal criterio con la política de protección de las PYMES existente en el ámbito comunitario y en el ámbito español."

Los anteriores argumentos se reproducen expresamente o por remisión en dos informes de 30 de junio de 1999 (expediente 11/99, relativo a cláusulas de siniestralidad laboral y expediente 33/99, relativo a cláusulas relativas a adhesión a arbitraje de consumo) y en el informe de 9 de enero de 2002 (expediente 36/01, relativo a cláusulas sobre características de las empresas).

Como resumen de este apartado debe afirmarse que, según la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas como la que se propone y examina requeriría una modificación de la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en todo caso, habría de producirse en el sentido limitado de preferencia en supuestos de igualdad y siempre como señala el apartado 2 de la citada disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y como confirma la evolución normativa del Derecho comunitario, tal como exponemos a continuación, que el criterio tenga relación directa con el objeto del contrato.

4. Las recientes Directivas comunitarias de contratación pública (Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios, abordan la regulación de los criterios o cláusulas sociales en los contratos en sentido muy similar al que ha quedado expuesto y a la "Comunicación interpretativa de la Comisión sobre legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos" publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº C 333, de 28 de noviembre de 2001.

Aunque todavía no ha expirado el plazo de trasposición de las nuevas Directivas a la legislación de los Estados miembros (el plazo expira el 31 de enero de 2006), su contenido constituye un elemento interpretativo de primer orden, toda vez que, en materia de criterios o cláusulas sociales, viene a confirmar, con determinadas aclaraciones, lo expuesto a lo largo de este informe.

Por lo que respecta a la Directiva 2004/18/CE, que es la que ahora interesa examinar, se refiere a cláusulas o criterios sociales en sus considerandos 1, 33 y 46 y en su artículo 26, pudiendo resumirse de su contenido con transcripción de su considerando 1, examen de los ejemplos que se citan en su considerando 33 y referencia al considerando 46.

En el considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE se afirma que "la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, la relativa a los criterios de adjudicación que clarifica las posibilidades con que cuentan las entidades adjudicadoras para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen a la entidad

adjudicadora una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2”.

Dicho considerando 2 se refiere a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios así como los principios que de estas libertades se derivan como son los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

En el considerando 33 de la Directiva, refiriéndose a las condiciones de ejecución del contrato, se señala que serán compatibles con la misma las que tengan por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente, añadiendo que como ejemplo se pueden citar entre otras las obligaciones -aplicables a la ejecución del contrato- de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados y los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.

Finalmente, el considerando 46, después de señalar que cuando se utilice el criterio de la proposición económicamente más ventajosa (concurso) los poderes adjudicadores deberán definir, dependiendo del objeto del contrato, criterios económicos y cualitativos y que los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva, concluye que en las mismas condiciones que se fijan para las exigencias medioambientales “el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios / usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato”.

Como resumen de este apartado y de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, aunque idénticas conclusiones pueden extraerse de la Directiva 2004/17/CE, ha de afirmarse que la citada directiva, en materia de criterios o cláusulas sociales es escasamente innovadora, pues como señala su considerando 1 se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia clarificándola.

En particular, destaca la vinculación de los criterios al objeto del contrato, la necesidad de publicidad previa en los anuncios y en los pliegos, la falta de contradicción con los principios fundamentales de la contratación administrativa y la necesidad de que estos criterios puedan ponderarse y evaluarse para determinar la proposición económicamente más ventajosa.

Por último, conviene señalar que ninguno de los criterios y ejemplos que menciona el considerando 33 de la Directiva tiene nada que ver con un criterio de preferencia de las empresas que tengan mayor porcentaje de mujeres en su plantilla, que es el objeto de la consulta que formula el Ayuntamiento de Valladolid.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la inclusión de una cláusula de preferencia en los pliegos para las empresas con mayor porcentaje de mujeres en su plantilla requeriría la modificación de la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, adicionando este supuesto al de los minusválidos y entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial.

2. Que, no obstante, tal modificación no se estima procedente si se tienen en cuenta los criterios del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de esta Junta y de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, en el sentido en que quedan reflejados en las consideraciones de este informe.