

INFORME 8/1997, DE 6 DE MAYO, SOBRE LA VIABILIDAD LEGAL DE INCLUIR EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DE LOS CONTRATOS DE OBRAS, UN REQUISITO QUE OBLIGUE A LOS LICITADORES A EMPLEAR TRABAJADORES RESIDENTES EN LA COMUNIDAD DE MADRID O INCLUIR ENTRE LOS CRITERIOS OBJETIVOS DE SELECCIÓN -PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO- UNO QUE VALORE DICHA CIRCUNSTANCIA, COMO MEDIDA DE FOMENTO DE EMPLEO.

ANTECEDENTES

Por el Director Gerente del Ente Público Canal de Isabel II (en adelante el Canal) se traslada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa un escrito solicitando informe, del siguiente tenor literal:

En las sesiones del Consejo de Administración del Canal de Isabel II celebradas los días 26 de abril de 1996 y 25 de febrero de 1997, se planteó la posibilidad de introducir en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares para adjudicación de las obras a ejecutar para el Canal, una prescripción favorable a aquellas ofertas que garanticen la realización de la obra respectiva por personal residente en el ámbito geográfico de la Comunidad de Madrid, contemplándose la alternativa de que dicha prescripción sea requisito preceptivo o simplemente conlleve una puntuación adicional a la derivada de la solvencia económica, financiera y técnica de las empresas concursantes en cada caso.

Al tratarse de una propuesta dirigida a fomentar la creación de empleo en la Comunidad de Madrid que, no obstante, plantea dudas a algunos miembros del Consejo de Administración sobre su congruencia con determinados preceptos de la Constitución española, es por lo que se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, al amparo de lo dispuesto en los artículos 10, 51 y 52 y concordantes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, para que emita dictamen, con carácter previo, sobre la procedencia de la prescripción expuesta en el cuerpo del presente escrito.

CONSIDERACIONES

1.- En la consulta del Canal se suscitan dos cuestiones; una primera, referida a la viabilidad legal de incluir un requisito que obligue a los licitadores de los contratos de obras, a emplear trabajadores residentes en el territorio de la Comunidad de Madrid para

la ejecución de aquéllos y, una segunda, alternativa de la anterior, que se refiere a la posibilidad de valorar, a efectos de la selección objetiva de licitadores (en los procedimientos restringidos) el requisito citado. En este informe se analizan ambas cuestiones, además de una tercera relativa a si entre los criterios objetivos para la adjudicación, puede introducirse el de la residencia, tal y como ha quedado formulado al comienzo de esta consideración.

2.- Es obvio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española y del artículo 48 del Tratado de la Unión Europea, que, para ser contratista de las Administraciones Públicas, la exigencia del requisito de emplear trabajadores de un determinado territorio para la ejecución de un contrato, vulneraría frontalmente los principios de igualdad y de libre circulación de trabajadores.

3.- Ha de informarse, por otra parte, para solventar la cuestión suscitada en segundo lugar, que como una consecuencia de los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia, que tienen como complemento necesario el de publicidad, y en los que se inspiran los preceptos de la vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), los criterios para la selección de los licitadores en las subastas y concursos que se celebren por procedimiento restringido han de ser objetivos (artículo 92.1 a) de la LCAP). Sentada la necesaria objetividad de los criterios para la selección, el juicio concreto sobre dicha objetividad ha de realizarse en relación con el objeto del contrato, que, en ocasiones, puede determinar la utilidad, conveniencia o incluso necesidad de considerar los recursos humanos de la empresa, contemplándose la cualificación técnica y profesional pero no la residencia del trabajador en un determinado territorio, por no resultar, en opinión de esta Junta, este criterio objetivo y técnico, sin que, en ningún caso, los criterios objetivos de selección puedan identificarse con los requisitos de capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional (artículos 15 al 19 de la LCAP) -que pueden traducirse en la exigencia de clasificación que han de reunir todas las empresas que se presenten a la licitación- y que, en consecuencia, no pueden ser los mismos criterios determinantes de la selección y subsiguiente invitación a participar en la licitación.

4.- La vigente normativa sobre contratación administrativa es consecuencia de la transposición del derecho europeo: principios recogidos en el Tratado de la Unión Europea -libre circulación de trabajadores (artículo 48), libertad de establecimiento (artículo 52) y libre prestación de servicios (artículo 59)- y las Directivas 92/50 (servicios), 93/36 (suministros) y 93/37 (obras). Las tres Directivas, en sus artículos 27, 22 y 19, respectivamente, establecen: "En los procedimientos restringidos los poderes

adjudicadores, basándose en datos sobre la situación personal del empresario, así como los datos y formalidades necesarias para la evaluación de las condiciones mínimas que éste debe reunir, seleccionarán a los candidatos a los que invitarán a presentar una oferta entre aquéllos que reúnan las cualificaciones exigidas en los artículos (...)”. Es decir, al igual que se ha indicado en la consideración anterior, los criterios de selección de los licitadores están referidos a su solvencia o cualificación, resultando un plus sobre los de capacidad o "cualificación" según la terminología europea.

Cabe citar, en apoyo de esta tesis, la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 contra el Reino de Dinamarca. En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares -procedimiento restringido- que regían en un contrato se incluía lo que en la Sentencia se denomina "contenido danés", referido a "la obligación de utilizar en todo lo posible materiales y bienes de consumo danés, mano de obra y bienes de equipo danés". La Sentencia condena al Reino de Dinamarca por haber incumplido las obligaciones del Derecho Comunitario y, en particular, los artículos 30, 48 y 59 del Tratado, así como la Directiva 71/305/CEE (actual 93/37/CEE). En el supuesto que se analiza, a la luz de esta sentencia, no puede obligarse a utilizar mano de obra residente en la Comunidad de Madrid, pero tampoco sería valorable esta circunstancia para la selección objetiva de los licitadores, pues, aunque en menor medida que la anterior, también vulnera el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea.

5.- Debe hacerse, por otra parte, como se ha anunciado en la consideración primera, una referencia a los criterios objetivos para la adjudicación de los concursos. La LCAP se refiere a éstos en el artículo 87, enunciándolos a título orientativo: precio, fórmula de revisión, plazo de ejecución o entrega, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, posibilidad de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica y servicio postventa. El citado artículo es una transcripción casi literal de los artículos 36, 26 y 30, respectivamente, de las Directivas Comunitarias de servicios, suministros y obras en las que los criterios de adjudicación están referidos a la oferta y no al licitador. Es ilustrativa, en este sentido, la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, del Tribunal de Justicia Europeo, asunto 37/87, en la que resultó condenado el Reino de Bélgica; en la que se establece que la diferencia entre los criterios objetivos para la selección y los objetivos para la adjudicación es que los primeros están referidos al productor-empresario en el procedimiento restringido -y los segundos respecto del producto- oferta-. Es obvio, en función de lo expuesto, que el criterio "residencia" en el territorio de la Comunidad de Madrid de los trabajadores de una empresa no puede ser empleado para la adjudicación de los contratos.

6.- Las Directivas comunitarias vigentes no toman en consideración las preocupaciones de orden social (igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; fomento del empleo; inserción de personas con discapacidades; otras categorías desfavorecidas, etc.) en la fase de verificación de la aptitud de los licitadores o candidatos a partir de los criterios de selección, que se refieren a la capacidad económica, financiera o técnica, ni tampoco en la fase de atribución de los contratos a partir de los criterios de adjudicación, que deben corresponder a las cualidades económicas inherentes a la prestación objeto del contrato. Esto, que se desprende claramente de la lectura de las Directivas Comunitarias, ha sido manifestado por la Comisión de la Comunidad Europea en el documento denominado "Libro Verde. La Contratación Pública. Reflexiones para el futuro". En este texto, la Comisión entiende que existe una posibilidad para dar entrada a los aspectos sociales en la contratación pública, pero tal posibilidad deberá tener lugar fuera del procedimiento de adjudicación del contrato, es decir, sólo se posibilitarán condiciones que no tengan efectos discriminatorios, directos o indirectos, con respecto a los licitadores procedentes de otros Estados miembros. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 20 de septiembre de 1988 -BEENTJES-PAÍSES BAJOS- que se pronunció sobre la viabilidad de incluir una condición de emplear trabajadores en paro prolongado, siendo compatible con la Directiva Comunitaria de obras, si no incidiese de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional deberá obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato. Se entiende que con este criterio se ha redactado la Disposición adicional octava de la LCAP, que permite a los órganos de contratación señalar en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares la 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, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%. Esta disposición no rompe los principios de igualdad y concurrencia en cuanto exige que dichas proposiciones serán las preferidas siempre que iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1.- Que se considera contrario a derecho, por vulnerar el artículo 14 de la Constitución Española -principio de igualdad- y el 48 del Tratado de la Unión Europea -principio de libre circulación de trabajadores-, incluir en los Pliegos de cláusulas administrativas

particulares que han de regir en los contratos que celebre la Administración autonómica, un requisito que exija a los licitadores emplear trabajadores residentes en el territorio de la Comunidad de Madrid para la ejecución de aquéllos.

2.- Que no se considera viable legalmente la inclusión en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos cuyo procedimiento de adjudicación sea el restringido -subasta o concurso-, un criterio, entre los de selección objetiva de licitadores, que valore la residencia en el territorio de la Comunidad de Madrid de los trabajadores de una empresa, habida cuenta que dicho criterio no tiene carácter objetivo, no estando previsto en el ordenamiento jurídico vigente, constituido por la LCAP y derecho comunitario europeo -Tratado de la Unión Europea y Directivas Comunitarias 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE-, pues resultaría discriminatorio, vulnerando los principios citados en la conclusión anterior.

3.- Que no es acorde con las Directivas Comunitarias ni con la LCAP incluir entre los criterios objetivos de adjudicación el de la residencia, en los términos expuestos en las conclusiones anteriores, pues aquéllos están dirigidos a valorar la oferta o producto y no al empresario o productor.