

Informe 11/99, de 30 de junio de 1999. "Posibilidad de introducción en los pliegos de condiciones de las obras municipales de cláusulas que tengan en cuenta el índice de siniestralidad laboral en el sector de la construcción, como requisito de solvencia técnica o como criterio de adjudicación".

1.3 Pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares.

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Majadahonda (Madrid) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de solicitud de dictamen sobre la posible introducción en los pliegos de contratos de obras municipales de cláusulas que tengan en cuenta el índice de siniestralidad laboral en el sector de la construcción, redactado en los siguientes términos:

Antecedentes:

«Primero.- Que con fecha 29 de septiembre de 1998 el Pleno del Ayuntamiento de Majadahonda adoptó por unanimidad acuerdo sobre la Moción presentada por un grupo político con el siguiente contenido:

"El alto índice de siniestralidad que a pesar de las medidas adoptadas sigue teniendo el sector de la construcción, exige que todas las Administraciones tomen las medidas necesarias en el ámbito de sus posibilidades y competencias para reducirlo.

El importante volumen de obras que contratan todos los años los Ayuntamientos los convierte en un importante agente del sector que, en consecuencia, puede tener incidencia en la disminución del alto índice de siniestralidad existente.

Una de las formas de intervención de los Ayuntamientos puede ser la introducción en los pliegos de condiciones de las obras municipales de alguna cláusula que prime la contratación de las empresas con baja siniestralidad utilizando como referencia el correspondiente índice existente en la CAM.

En consecuencia se propone la aprobación de la siguiente Moción:

El Pleno del Ayuntamiento de Majadahonda acuerda encargar a los Servicios Técnicos municipales la redacción de una o varias cláusulas en los pliegos de condiciones de las obras a realizar en este municipio que valoren la baja siniestralidad como mérito en la adjudicación de las mismas.

El resultado de este trabajo, una vez dictaminado por las comisiones correspondientes (Urbanismo, Mantenimiento y Obras y/o Especial de la Contratación) será sometido al próximo Pleno ordinario de la Corporación".

Segundo.- En dicha sesión fue debatida la referida Moción, exponiéndose lo pertinente por los distintos grupos políticos, expresándose por todos la buena intención de la propuesta aunque reconociéndose la dificultad técnica para plasmarla con objetividad y cumpliendo todos los requisitos formales; también se apuntó la posibilidad de que por ley se exigiese a los licitadores la obligación de presentar un plan de prevención de riesgos laborales.

El Sr. Secretario de la Corporación mostró serias dudas legales acerca de la posibilidad de incluir la cláusula indicada en la Moción ya que tanto los criterios de adjudicación a utilizar en los concursos como los requisitos de solvencia son aspectos tasados en la Ley de Contratos y que a su vez provienen de directivas de la Comunidad Europea.

Tercero.- Que por parte de los servicios jurídicos se han tratado de antecedentes similares en otras administraciones públicas, a través de conversaciones telefónicas

tanto con los servicios de contratación de la Comunidad Autónoma de Madrid, Consejería de la Presidencia y, con la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, manifestándonos que no tienen conocimiento de que se hubiera planteado esta cuestión con anterioridad. Sin embargo, sí se han adoptado medidas de otro carácter como por ejemplo las tendentes a favorecer la estabilidad en el empleo y contratación de minusválidos, en el Acuerdo-Marco para apoyar la estabilidad ya calidad en el empleo firmado por CC.OO, UGT y CEOE-CEPYME, y que se articula mediante cláusulas incluidas en los pliegos de condiciones que figuran como criterios objetivos para la adjudicación y sirvan a dicha finalidad (desarrollado por Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo). No teniendo carácter vinculante para los Ayuntamientos, sino sólo orientativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- En la exposición de motivos de la L.C.A.P. se establece la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia. Asimismo el artículo 11.1 de la L.C.A.P. dice "Requisitos de los contratos- 1 Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y en todo caso a los de igualdad y no discriminación". La inclusión de estas cláusulas no puede contradecir ninguno de estos principios esenciales.

Segundo.- La cuestión que aquí se plantea es si sería posible (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la L.C.A.P.), incluir en los pliegos como criterio de solvencia técnica una cláusula que tuviera en cuenta el índice de siniestralidad laboral en los contratos de obras.

Tercero.- Otra posibilidad es sí podría incluirse como criterio de adjudicación en los casos de concurso cuya característica esencial según el artículo 87 de la L.C.A.P. es que sean objetivos. Este artículo determina cuáles son estos criterios, pero no de forma taxativa, ya que añade "... u otras semejantes... ". Se podría o no considerar la siniestralidad como un criterio objetivo semejante.

CONCLUSIÓN:

Se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dictamen sobre si la inclusión de cláusulas en los pliegos que tengan en cuenta la siniestralidad laboral en los contratos de obras como criterio de solvencia técnica es o no discriminatorio y no impide la libre concurrencia y, si su inclusión como criterio de adjudicación, en el caso de concurso, puede considerarse como criterio objetivo, así como de qué forma podría acreditarse, en uno y otro caso, sin vulnerar dichos principios».

2. Al anterior escrito se acompaña certificado de la reunión del Pleno del Ayuntamiento celebrada el día 29 de septiembre de 1998, en la que se debate la moción presentada por el portavoz del Grupo Mixto en el Ayuntamiento y en el que constan las distintas posiciones sobre el tema de referencia.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente es la de determinar si puede figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras cláusulas que tengan en cuenta la siniestralidad laboral como criterio de solvencia técnica o como criterio de adjudicación del concurso, cuestión que debe ser abordada y resuelta desde el

punto de vista del Derecho comunitario y desde el punto de vista de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas teniendo en cuenta y reiterando criterios expuestos por esta Junta en su informe de 16 de diciembre de 1998 (expediente 44/98).

2. Como se expresaba en el citado informe *¿la normativa comunitaria en materia de contratos de obras está constituida 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 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?.

3. Expuestas estas ideas generales del Derecho comunitario y ciñendonos al requisito de solvencia técnica hay que destacar que el artículo 27.1 de la Directiva 93/37/CEE, señala que la justificación de la capacidad técnica del contratista podrá acreditarse:

a) Por los títulos de estudio y profesionales del contratista y/o de los directivos de su empresa y, en particular, del responsable o responsables de la dirección de las obras;

b) Por la lista de las obras ejecutadas en los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución en las obras más importantes. Estos certificados indicarán el importe, el momento y el lugar de ejecución de las obras, y precisarán si fueron ejecutadas según las reglas de la técnica y llevadas normalmente a buen término. Eventualmente, dichos certificados serán facilitados directamente al adjudicatario por la autoridad competente;

c) Por una declaración mencionando el utillaje, el material y el equipo técnico de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra;

d) Por una declaración que cite los efectivos medios anuales de la empresa y el número de sus cuadros directivos durante los tres últimos años;

e) Por una declaración que mencione los técnicos o los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra.

Al establecer el apartado 2 de este artículo 27 que el poder adjudicador precisará en el anuncio o en la invitación a licitar aquéllas referencias que desee obtener, viene a demostrar el carácter taxativo de los medios de justificación de la capacidad técnica del contratista, sobre todo si se compara con el carácter más flexible de los apartados 2 y 3 del artículo 26 de la misma Directiva, referente a la capacidad financiera y económica en cuanto se citan otras referencias comprobatorias distintas de las enumeradas y cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado, y permite sentar como primera conclusión de este informe que al no poder encajar ningún índice, aspecto o cláusula de siniestralidad laboral en ninguno de los apartados del mencionado artículo 27, tales índices, aspectos o cláusulas, según la Directiva 93/37/CEE, no pueden figurar en los pliegos como requisito de capacidad técnica.

4. En cuanto a los criterios de adjudicación del concurso en nuestro informe de 18 de diciembre de 1998 se consignaba lo siguiente:

«En cuanto a los criterios de adjudicación que no sean el del precio más bajo la Sentencia (se refiere a la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988. Asunto Beentjes) realiza la siguiente declaración:

"Si 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 y que no sea difícilmente cumplible por los licitadores de otros Estados miembros».

La segunda conclusión que, por tanto, hay que mantener en el presente expediente es la de que los índices, aspectos o cláusulas de siniestralidad laboral no son admisibles, según la Directiva 93/37/CEE y jurisprudencia comunitaria que la interpreta, como criterios de adjudicación de un concurso.

5. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como no podía ser de otra manera, contiene preceptos muy similares a los de las Directivas comunitarias y, por tanto, deben ser interpretados en el sentido señalado en relación con el Derecho comunitario.

La solvencia económica financiera y técnica de las empresas se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley, concretamente la solvencia técnica en contratos de obras en el artículo 17 en términos literales casi idénticos a los del artículo 27 de la Directiva 93/37/CEE por lo que, el carácter taxativo de los medios de justificación de dicha solvencia, demostrada por la declaración del artículo 15.3 de que los órganos de contratación precisaran en el anuncio de los medios de acreditación que vayan a ser utilizados y por la fórmula más flexible utilizada en el artículo 16 en relación con la solvencia económica y financiera, conduce a la conclusión de que el dato de la siniestralidad laboral en la empresa no puede jugar como requisito de solvencia técnica. Por su parte los criterios de adjudicación en los concursos 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 ejemplificativo 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, sin que, por tanto, el dato de la siniestralidad laboral tampoco pueda ocupar un lugar entre dichos criterios.

6. Con carácter general han de formularse dos últimas consideraciones en el presente informe.

La primera ha de hacer alusión a que si bien las finalidades de las denominadas "cláusulas sociales" son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, no pueden articularse como requisitos para la celebración de contratos o como criterios para la adjudicación de los mismos. En particular, la siniestralidad laboral debe ser reducida o intentar ser reducida por la normativa tradicional en materia de seguridad constituida hoy por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, estableciendo este último, en su artículo 4, la obligatoriedad de un estudio de seguridad y salud o un estudio básico de seguridad y salud según el tipo de obras de que se trate.

La segunda consideración que hay que realizar es la de que, aún prescindiendo de los obstáculos que el Derecho comunitario y la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas suponen para la admisión de estas cláusulas como requisito de solvencia técnica o como criterio de adjudicación del concurso, su aplicación práctica, en cuanto a su estimación y ponderación, estaría llena de dificultades. Por ello, como se ponía de relieve en nuestro informe de 16 de diciembre de 1998, 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 limitado, siendo tal precepto significativo la disposición adicional octava referente a la contratación de minusválidos por la empresa licitadora cuyo criterio es posible por su contemplación expresa por la Ley y por no constituir un propio criterio de adjudicación sino el de atribuir preferencia para las empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos solo en el caso de que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación?.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el índice, cláusula o aspectos relativos a la siniestralidad laboral en las empresas no pueden ser tomados en consideración, ni como requisitos de solvencia técnica, ni como criterios de adjudicación del concurso en los contratos de obras, por oponerse a ello la Directiva 93/37/CEE y la interpretación jurisprudencial de la misma realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.