

**Informe 44/98, de 16 de diciembre de 1998. "Posibilidad de exigencia de declaración responsable sobre contratación de minusválidos y utilización en los concursos de criterios de adjudicación que atribuyan en la valoración de la oferta de una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato".**

## **8.1. Conceptos generales.**

### **ANTECEDENTES.**

Por D. José Luis Alonso Alonso, en su calidad de Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción (C.N.C.) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, formulando consulta en relación con la exigencia a los licitadores de determinados requisitos formales y con la utilización de criterios de adjudicación que no se refieren a la oferta, figurando redactado dicho escrito en los siguientes términos:

*«Algunos órganos de contratación están incluyendo en los últimos tiempos en sus pliegos para la contratación de obras cláusulas en las que se establece que el licitador habrá de aportar una declaración responsable de tener contratados trabajadores minusválidos al menos en un 2 por 100 de la plantilla, en caso de que dicha plantilla ascienda a 50 ó más trabajadores. La medida parece justificarse en el hecho de que tal obligación viene impuesta por el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos. Sin embargo, el propio precepto, en su redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, prevé que las empresas puedan quedar exentas de tal obligación a través de la negociación colectiva.*

*El sector de la construcción cuenta con un acuerdo específico sobre la materia, firmado el 18 de junio de este año por la CNC y los sindicatos FECOMA-CCOO y FEMCA-UGT, mediante el cual se ha establecido que el cómputo del 2 por 100 se realizará sobre el personal adscrito a centro de trabajo permanentes y no sobre el personal de obra. Pero al margen de ello, entendemos que carece de sentido exigir la mencionada declaración responsable a los licitadores, puesto que no responde a ninguna de las causas de prohibición para contratar previstas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*La exigencia de esa declaración específica sobre el porcentaje de trabajadores minusválidos empleados, en la medida en que tiene con efecto la exclusión de las empresas licitadoras que no alcanzan el porcentaje establecido en los pliegos, supone una merma del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública. Y ello sin justificación alguna, puesto que estas empresas pueden perfectamente estar cumpliendo lo pactado en la negociación colectiva y lo previsto en la legislación.*

*Por otra parte, se observa en determinados pliegos para la contratación de obras mediante concurso la inclusión de algunos criterios de adjudicación que no se corresponden con elementos objetivos referidos a la oferta, tal y como exige el artículo 87 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas. Son cláusulas que se denominan de "calidad y estabilidad del empleo" y que atribuyen en la valoración de la oferta una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa y las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato.*

*A juicio de esta Confederación, está claro que estos criterios no responden a la finalidad de seleccionar la oferta más ventajosa para los intereses públicos, finalidad que debe presidir todo el proceso de adjudicación, de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública, tanto española como europea. La propia Comisión Europea se ha manifestado en repetidas ocasiones rechazando la utilización de criterios de adjudicación que no afectan a la valoración de la oferta. Y existe en ese sentido reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*

*Por todo lo expuesto interesa a esta Confederación conocer el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los siguientes extremos:*

*11. )¿Resulta ajustada a Derecho la exigencia a los licitadores de una declaración responsable de tener contratados trabajadores minusválidos al menos en un 2 por 100 de la plantilla, en caso de que dicha plantilla ascienda a 50 ó más trabajadores?*

*21. )¿Pueden introducirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los concursos criterios de adjudicación que atribuyan en la valoración de la oferta de una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato?».*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. Dos son las cuestiones concretas que se plantean en el escrito de consulta del Presidente de la C.N.C. consistiendo la primera en determinar si resulta ajustada a derecho la exigencia a los licitadores de una declaración responsable de tener contratados trabajadores minusválidos al menos en un 2 por 100 de la plantilla, en el caso de que dicha plantilla ascienda a 50 ó más trabajadores y la segunda también en determinar el ajuste a derecho de la introducción en los pliegos de cláusulas administrativas de los concursos de criterios de adjudicación con atribución en la valoración de la oferta de una puntuación en función de los factores que se enumeran. Ambas cuestiones deben ser examinadas y resueltas por separado, teniendo en cuenta que, respecto a la primera, las normas de la legislación española, al contener elementos interpretativos suficientes, bastan para su solución y, respecto a la segunda, que resulta necesario abordarla desde el doble punto de vista de la normativa comunitaria y de la propia legislación española, en cuanto esta última incorpora los criterios y preceptos concretos de aquélla.

2. Para resolver la primera cuestión -la relativa a la exigencia de una declaración sobre el empleo de minusválidos- hay que partir de los dos únicos preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que contemplan esta circunstancia a propósito de las prohibiciones de contratar (artículo 20 d) y de los criterios de adjudicación a empresas que tengan en su plantilla minusválidos (disposición adicional octava).

El artículo 20 d) de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera incurso en prohibición de contratar a la persona, hay que entender que tanto física como jurídica, que, entre otras circunstancias que menciona, haya sido condenada o sancionada con carácter firme por delito o infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos. Por su parte la disposición adicional octava, bajo el título de "contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos" viene a establecer que "los órganos de contratación podrán 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 por 100,

siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación".

El análisis de estos dos preceptos produce un primer comentario consistente en afirmar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no contempla la contratación con minusválidos como requisito de capacidad de obrar o de solvencia, sino, en determinadas condiciones, como causa de prohibición de contratar o criterio "preferente" para la adjudicación de contratos.

En cuanto a la prohibición de contratar la Ley no considera causa de la misma el incumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas, concretamente, el incumplimiento del artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, sino la circunstancia de haber sido condenada o sancionada, con carácter firme, por delito o infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos, por lo que la declaración responsable a que se refieren tanto el artículo 21.5, como el artículo 80.2 b) de la Ley ha de ser referida, como ambos preceptos señalan, a la no concurrencia de situación de prohibición de contratar, es decir, a no haber sido condenadas o sancionadas con los requisitos establecidos en el artículo 20 d), sin que esta declaración responsable de un hecho negativo -se insiste la no condena o sanción- pueda ser sustituida por otra declaración responsable de un hecho positivo de tener contratados trabajadores, pues la falta de esta última declaración responsable de un hecho positivo de tener contratados trabajadores minusválidos al menos en un 2 por 100 de la plantilla, en caso de que dicha plantilla ascienda a 50 ó más trabajadores no podría tener consecuencia alguna en orden a la admisión o exclusión de licitadores, al no venir configurado el hecho positivo de la contratación de minusválidos, ni como circunstancia de capacidad o solvencia, ni el hecho negativo de la no contratación como causa de prohibición de contratar.

Tampoco la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas constituye argumento favorable a la exigencia de la declaración responsable de contratación de minusválidos en el sentido que venimos examinando. El alcance de la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pese a su apariencia, es bastante limitado, pues no hay que olvidar que la preferencia que establece lo es para el supuesto, en los concursos, de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, pero, sobre todo, que es lo que aquí interesa, que la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que, al tener que venir necesariamente establecida tal preferencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y referirla la disposición adicional octava al momento de acreditar la solvencia técnica, serán las propias empresas las que tengan que acreditar, no simplemente declarar, que cumplen los requisitos que la citada disposición adicional octava exige, resultando obvio que la empresa que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas.

Como resumen de este apartado debe afirmarse, por tanto, que la exigencia de declaración responsable sobre trabajadores minusválidos contratados por la empresa no resulta ajustada a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni a efectos de la prohibición de contratar prevista en su artículo 20 d), ni a efectos de la preferencia para la adjudicación contemplada en su disposición adicional octava.

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:

"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.

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 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.

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.

## **CONCLUSIONES.**

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

1. Que la exigencia de una declaración responsable sobre los trabajadores minusválidos contratados por las empresas no se ajusta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni desde el punto de vista de la prohibición de contratar prevista en su artículo 20.d), ni desde el punto de vista de la preferencia establecida en su disposición adicional octava.
2. Que los criterios para la adjudicación del concurso han de ser objetivos, de tal manera que no produzcan discriminación respecto a los empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea efecto discriminatorio que puede apreciarse en tres de los criterios señalados en el escrito de consulta.

3. Que el criterio de ejecución de la obra por el propio personal de la obra aparece en contradicción con las posibilidades de subcontratación previstas en el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, no se ajusta a la citada Ley.