



Recurso nº 249 y 251/2019 C. Valenciana 46 y 47/2019

Resolución nº 453/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 25 de abril de 2019.

VISTOS los recursos interpuestos por D. J. P. M. M., en representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), y D. J. L. S. I. C., en representación de la Federación de Empresas de la Comunidad Valenciana, Contratistas de Obras de la Administración, contra los pliegos de la licitación convocada por la Dirección General de la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo, para contratar las *“Obras de rehabilitación de elementos comunes y reurbanización de espacios libre del grupo de 802 VPP 037069 “B1 del Carmen” Alicante, declarado ARRÚ”* (Expte. CTCM-19/2), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, se convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 12 de febrero de 2019, licitación para adjudicar mediante procedimiento abierto el contrato de las *“Obras de rehabilitación de elementos comunes y reurbanización de espacios libre del grupo de 802 VPP 037069 “B1 del Carmen” Alicante, declarado ARRÚ”* de con un valor estimado 3.072.533,41 euros.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), aprobada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.



Tercero. Contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rigen la licitación del expediente de contratación de las *“Obras de rehabilitación de elementos comunes y reurbanización de espacios libre del grupo de 802 VPP 037069 “B1 del Carmen” Alicante, declarado ARRU”* (Expte. CTCM-19/2), el representante de la Confederación Nacional de la Construcción presentó en fecha 5 de marzo de 2019 recurso especial en materia de contratación.

En fecha 5 de marzo de 2019, y también contra los PCAP, el representante de Federación de Empresas de la Comunidad Valenciana, Contratistas de Obras de la Administración, ha interpuesto recurso especial en materia de contratación.

Las recurrentes solicitan la anulación del APARTADO X del Anexo I del PCAP por introducir criterios discriminatorios de arraigo territorial, que carecen de vinculación con el objeto del contrato y ser contrarios a los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 7 de marzo de 2019.

Quinto. La Secretaria General del Tribunal, por delegación del mismo, en fecha 15 de marzo de 2019, ha resuelto la concesión de la medida provisional solicitada por los recurrentes consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Al amparo de lo dispuesto en los artículos 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre; en adelante, RPERMC), se ha acordado por el Tribunal la acumulación de los recursos referidos en los antecedentes de hecho, al existir entre ellos identidad sustancial e íntima conexión, por haber sido interpuestos ambos frente a los pliegos relativos al mismo contrato.



Segundo. La competencia para resolver los recursos acumulados corresponde a este Tribunal a tenor de lo establecido en el artículo 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y del Convenio suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Generalidad Valenciana publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013, prorrogado por Acuerdo de 25 de febrero de 2016.

Tercero. Nos encontramos ante un contrato de obras susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

De otro lado, es objeto del recurso el PCAP regulador de los procedimientos de contratación, acto susceptible de impugnación conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido los 15 días hábiles de plazo entre la fecha de la publicación del pliego y la de presentación de los recursos.

Quinto. Concurren en las empresas recurrentes la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, los recursos sostienen la falta de adecuación a Derecho de la Cláusula X del Anexo I del PCAP que dispone:

“CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN A CUMPLIR: (AL MENOS UNA DE ENTRE LAS PREVISTAS EN EL 202.2 ES OBLIGATORIA)

La empresa adjudicataria estará obligada a la contratación de al menos un 50% de los trabajadores necesarios para la ejecución de las obras de entre personas de la localidad en situación de desempleo de larga duración, con prioridad a los residentes del barrio objeto de la actuación.



Dichos trabajadores deberán contar con la cualificación necesaria para la ejecución de los trabajos que sean precisos, trabajos a definir por la empresa adjudicataria y serán seleccionados por el SERVEF”.

Consideran las recurrentes que la condición especial de ejecución prevista en el apartado X del Anexo I del PCAP es discriminatoria por razón de arraigo, al no tener vinculación alguna con el objeto del contrato y, por limitar al acceso a la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo afirma:

“Sexto.- La LCSP 2017 incorpora y desarrolla la regulación de las condiciones especiales de ejecución en su art. 202, el cual regula las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental y de otro orden, y establece la obligatoriedad de establecer al menos una condición especial de ejecución de entre las que enumera. Y entre las enumeradas en el apartado 2 se encuentra combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración. Por tanto, no podemos admitir como contraria al ordenamiento jurídico vigente la condición especial de ejecución recogida en la cláusula X del Anexo I al Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que rige el contrato de obras de rehabilitación de los elementos comunes y reurbanización de espacios libres del grupo de 802 viviendas de promoción pública 037069 “Barrio del Carmen” de Alicante, y relativa a la obligatoriedad de contratar “al menos el 50% de los trabajadores necesarios para la ejecución de las obras de entre las personas de la localidad en situación de desempleo de larga duración, con prioridad a los residentes del barrio objeto de actuación.”

(....)

Al respecto señalar que la cláusula X del Anexo I al Pliego de Condiciones Administrativas Particulares frente a la que se interpone el presente recurso especial en materia de contratación no sirve en modo alguno de pretexto para huir de los principios comunitarios que rigen la contratación pública y mucho menos está destinado a vulnerar el principio de no discriminación entre los licitadores ya que:



1.- La citada condición cumple la exigencia de tener vinculación con el objeto del contrato, ya que expresamente se indica que “La empresa adjudicataria estará obligada a la contratación de al menos el 50% de los trabajadores necesarios para la ejecución de las obras de entre las personas de la localidad en situación de desempleo de larga duración, con prioridad a los residentes del barrio objeto de la actuación”, lo que redundará en la mejor prestación del objeto del contrato, aportando un valor añadido a la ejecución de las obras.

2.- Las citadas condiciones especiales de ejecución no pueden considerarse ni directa ni indirectamente atentatorias al principio de igualdad y no discriminación de los licitadores ya que tales condiciones de ejecución del contrato tienen el propósito de establecer requisitos específicos en relación con la ejecución, de manera que, a diferencia de lo que sucede con los criterios de adjudicación, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas, sino que redundan en el modo concreto de ejecutar la prestación contratada, con independencia de la identidad del contratista.

3.- Tampoco tales condiciones de contratación pueden considerarse atentatorias ni directa ni indirectamente con el principio de publicidad ya que las mismas se indican en anuncio de licitación por referencia al pliego, en el pliego y en el contrato.

(...) la cláusula social recurrida (...) no puede dar lugar a discriminación entre empresarios, ya que no contiene consideraciones relativas al arraigo territorial de las empresas, pudiendo concurrir a la licitación de referencia cualesquiera empresarios con los debidos requisitos de solvencia y capacidad.”

Séptimo. En el supuesto analizado, se cuestiona la legalidad de la condición especial de ejecución de carácter social que se establece en la Cláusula X del Anexo I del PCAP.

Sobre la inclusión de las cláusulas sociales como condiciones de ejecución del contrato, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece en su artículo 70 que:



“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.”

Atendiendo a la remisión que hace el transcrito precepto, el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, dispone:

“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.”*

Sobre las condiciones de ejecución de un contrato, el Considerando 104 de la Directiva 2014/24/UE dispone:

“El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. Las condiciones de ejecución de un contrato deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Lo anterior incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa.



Las condiciones de ejecución de un contrato deben figurar en el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que se utilice como medio de convocatoria de licitación o la documentación de la contratación.”

Por su parte, el artículo 202 LCPS establece:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el



hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71.

4. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.”

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inclusión de las cláusulas sociales en los contratos públicos, pudiendo señalar por todas la Resolución nº 355/2017, de 21 de abril de 2017, con cita de los informes 3/2009 y 53/2008 de la JCCAE:

“Como ya advertíamos en la anterior Resolución nº 210/2016, de 18 de marzo (como avance a la fecha de transposición de la Directiva 2014/24/UE), es desde el punto de vista de la



jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), relativa a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, de donde emanan las más importantes limitaciones, si bien distinguiendo los mecanismos de cómo se exigen: bien configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para la valoración de las ofertas.

En principio, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios -derogada por la Directiva 2014/24/UE- abordaba la inclusión de cláusulas sociales en distintas fases del procedimiento de contratación. De la posibilidad de introducir criterios sociales como criterios de adjudicación se refería exclusivamente su considerando 46, al expresar que los poderes adjudicadores pueden 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. Además, la norma preveía la reserva de contratos a talleres de empleo de personas discapacitadas (artículo 19) y condiciones de ejecución, que pueden referirse, especialmente, a consideraciones de tipo social o medioambiental (artículo 26).

En la referida Resolución de este Tribunal nº 210/2016 ya recordábamos que del análisis jurisprudencial no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Así, en principio, encontramos la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87, Gebroeders Beentjes dictada en una cuestión prejudicial. La posición, en este caso, del Tribunal de la Unión Europea es tajante, pues niega que puedan incluirse estos criterios como criterios de solvencia o como criterio de adjudicación. El apartado 28 de los fundamentos jurídicos de la referida Sentencia afirma que “Por lo que respecta a la exclusión de un licitador por no estar, a juicio del órgano de contratación, en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, debe señalarse que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva”. Y continúa “La condición de emplear trabajadores en paro



prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato”.

Lo cierto es que el propio Tribunal, en esta Sentencia, suscita dudas en relación a si una cláusula de este tipo no puede sino encerrar una discriminación indirecta hacia las empresas no nacionales. Lo argumenta de la siguiente forma: “La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta”.

En tales términos, y dado que la jurisprudencia europea no es pacífica, pues en la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98, en un asunto de la Comisión Europea contra Francia, se admitió el criterio de lucha contra el desempleo como criterio de adjudicación, si bien como criterio accesorio no determinante después de comparar las ofertas, dejando en el halo interpretativo de “criterio accesorio” un concepto huérfano de respaldo normativo.

Respecto al tema de la posibilidad de primar a las mercantiles que contraten a trabajadores desempleados, vemos que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCA) abordó dicha materia, por medio de su Informe 3/2009, de 25 de septiembre de 2009.

En este caso, la JCCA resolvía la consulta planteada por el Alcalde de Ayuntamiento de Orihuela, en la que se planteaba si se puede establecer como condición de ejecución del contrato la utilización de un determinado porcentaje de personas desempleadas que se encuentren inscritas en las oficinas de empleo de Orihuela y, de otra, si sería posible establecer un criterio de adjudicación del contrato que consistiese en la valoración del



compromiso de emplear en la ejecución del contrato a personas desempleadas inscritas en las mencionadas oficinas de empleo.

Como condición especial de ejecución del contrato o como criterio de adjudicación, el Informe 3/2009 trae a colación otro anterior el nº 53/2008, en el que la JCCA mantuvo la opinión de que la inclusión en los PCAP de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible en Derecho. Literalmente, su consideración tercera argumenta que "(...) el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución de contrato, pero no mediante el establecimiento de un criterio de adjudicación que valorase el porcentaje de mano de obra desempleada que se contratara para la ejecución del contrato, pues evidentemente este criterio no tendría relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público¹".

Así, pues, la JCCA concluía que el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución del contrato, pero no mediante la previsión de criterios de adjudicación que valoren el porcentaje de mano de obra desempleada que se contrata para la ejecución del contrato, ya que este criterio no tendría la relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el actual artículo 150 del TRLCSP.

En este informe, la JCCA se hace eco de la aparente contradicción entre este criterio y lo señalado en el Real Decreto 9/2008 y en el Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean el Fondo Estatal de Inversión Local y el Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, ya que éste exigía la inclusión en los pliegos de criterios que valoren la creación de empleo. No obstante, la Junta reconduce dicha previsión legal en que su aplicación se ha de limitar a los contratos financiados con cargo al fondo local creado dicha norma, que podría considerarse que deroga con carácter temporal, en lo que respecta a esta materia, la mencionada disposición, pero no para el resto de contratos que, tras la duración de dicho Fondo y con el nuevo TRLCSP, se deben licitar.



Al abrigo de esta línea jurisprudencial, al amparo de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y del efecto directo de algunos de los preceptos de la Directiva 2014/24/UE hemos de revisar la legalidad del criterio subjetivo “calidad en el empleo” introducido en la cláusula 13ª del PCAP.

La introducción de estos criterios sociales son loables en la etapa de crisis que atravesamos, si bien su admisión queda condicionada a dos parámetros: el primero, han de guardar relación directa con el objeto del contrato (artículo 150.1 del TRLCSP) y el segundo, no resultar discriminatorias, como por ejemplo cuando además introducen criterios de arraigo territorial (v.gr. Resolución nº 130/20152 de este Tribunal que declaró la nulidad del criterio social porque precisaba que las personas desempleadas fueran demandantes de empleo en oficinas concretas circunscritas a una Comunidad Autónoma). (...)”

Asimismo, procede también traer a colación lo dispuesto en el Informe 6/2009, de 15 de abril de la JCCA de Aragón, cuando al referirse a la integración de aspectos sociales en los contratos públicos con carácter general establece:

“Es un lugar común que la integración de aspectos sociales en los contratos públicos deriva directamente de los artículos 1.1 y 40 de la Constitución española, que proclaman el Estado social y democrático de Derecho y prescriben la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica, destacando que «de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». En este sentido la contratación administrativa, a través de la inclusión de cláusulas sociales, sirve de instrumento para llevar a cabo diferentes políticas públicas, entre las que destaca el pleno empleo. Por su parte el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece entre sus fines la promoción de «un alto nivel de empleo y de protección social».

La Directiva 2004/18/CE se refiere a las condiciones de ejecución del contrato en su considerando trigésimo tercero:

«Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto



favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. 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 o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del 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».

De otra parte, el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, establece que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

También es relevante en esta materia la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM (2001)566 final], de 15 de octubre de 2001, destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales en este tipo de contratos.

La Comunicación afirma que una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o «condiciones de ejecución del contrato», siempre que ésta se ajuste al Derecho comunitario y, en particular, que no tenga un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros. Los poderes adjudicadores cuentan, según la Comunicación, con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social. A modo de ejemplo, éstas son algunas de las condiciones particulares adicionales que, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, podrían imponer al titular del contrato, atendiendo a objetivos de carácter social:



«- la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;

- la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica;

- la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;

- a obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo».

La LCSP, en su Exposición de Motivos, advierte de la incorporación en sus propios términos y sin reservas de las directrices de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas.”

De cuanto se ha expuesto, podemos concluir que la condición especial de ejecución consistente en la contratación para la ejecución de la prestación objeto del contrato de trabajadores en situación de desempleo, sea o no de larga duración, es admisible con arreglo a la Directiva 2014/24 y la LCSP, siempre que dicha condición esté vinculada al objeto del contrato, que no sea directa o indirectamente discriminatoria y se indique en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Procede, a continuación, comprobar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para determinar la legalidad de la referida cláusula, comenzando con el análisis de su vinculación con el objeto del contrato.

La condición especial de ejecución analizada cumple con el requisito de estar vinculada al objeto del contrato teniendo en cuenta lo dispuesto en los considerandos de la Directiva 2014/24, en particular, en el Considerando 104 y en la “Guía para considerar los aspectos

sociales en las contrataciones públicas” elaborada por la Comisión Europea en 2010, donde se especifica que el requisito de la vinculación al objeto del contrato se cumple en las condiciones especiales de ejecución cuando éstas se efectúan o realizan en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, no en otra, que es lo que ocurre en el supuesto analizado en el que la condición se produce con ocasión del cumplimiento de la prestación constitutiva del objeto del contrato licitado.

El segundo requisito legalmente exigible para determinar la legalidad de la condición especial de ejecución analizada es que no sea directa o indirectamente discriminatoria.

Pues bien, la dicción de dicho APARTADO X, al referirse a los trabajadores desempleados domiciliados en el municipio de ejecución del contrato, no sólo puede ser indirectamente discriminatoria para las empresas licitadores sino que es claramente discriminatoria en relación con los desempleados que no se hallen domiciliados en dicho municipio, favoreciendo a unos respecto de otros e igualmente improcedente desde el punto de vista legal que la selección la realice el servicio público de empleo de la Comunidad Autónoma.

En efecto, tal y como ya se indicaba en el informe de la JCCAЕ nº 53/2008: *“No se puede, por tanto, establecer la preferencia en la contratación a favor de determinados trabajadores con fundamento en su lugar de origen o en su lugar de residencia (...)”*.

En consecuencia, la condición de ejecución cuestionada es claramente discriminatoria para los trabajadores en la medida en que circunscribe la posibilidad de contratación a los demandantes de empleo domiciliados en el municipio de prestación del contrato, excluyendo la posibilidad de contratar tanto a desempleados de otros lugares del territorio nacional así como del territorio de otros Estados miembros de la Unión Europea y, en consecuencia se vulnera el principio de no discriminación.

Por último, si bien en el expediente no consta el número de trabajadores necesarios para ejecutar el contrato, la exigencia de que se contraten a trabajadores desempleados en un porcentaje del 50% es claramente desproporcionada sin que se aporte justificación alguna para alcanzar dicho porcentaje.



Por todo lo expuesto, procede estimar los recursos interpuestos con anulación del APARTADO X del Anexo I del PCAP, en la parte relativa a la condición especial de ejecución a cumplir que establece.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar los recursos acumulados interpuestos por D. J. P. M. M., en representación de la Confederación Nacional de la Construcción y D. J. L. S. I. C., en representación de la Federación de Empresas de la Comunidad Valenciana, Contratistas de Obras de la Administración, contra los pliegos de la licitación convocada por la Dirección General de la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo, para contratar las *“Obras de rehabilitación de elementos comunes y reurbanización de espacios libre del grupo de 802 VPP 037069 “B1 del Carmen” Alicante, declarado ARRU”* (Expte. CTCM-19/2), anulando la Cláusula el APARTADO X del Anexo I del PCAP, en la parte relativa a la condición especial de ejecución a cumplir que establece, pudiendo volver a convocarse, si lo considerase conveniente el órgano de contratación, nuevo procedimiento para la licitación del contrato.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

