



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 15.10.2001
COM(2001) 566 final

COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN

**sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar
aspectos sociales en dichos contratos**

ÍNDICE

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
I CONTRATOS REGULADOS POR LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	6
1.1. Definición del objeto del contrato.....	6
1.2. Especificaciones técnicas	7
1.3. Selección de los candidatos o licitadores	9
1.3.1. Exclusión de los candidatos o licitadores por incumplimiento de la legislación social	10
1.3.2. Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores.....	11
1.4. Adjudicación del contrato	12
1.4.1. Criterio de la oferta económicamente más ventajosa.....	12
1.4.2. «Criterios adicionales».....	14
1.5. Ofertas anormalmente bajas.....	15
1.6. Ejecución del contrato.....	16
II CONTRATOS PÚBLICOS NO REGULADOS POR LAS DIRECTIVAS	17
III DISPOSICIONES EN MATERIA SOCIAL APLICABLES A LOS CONTRATOS PÚBLICOS	18
3.1 Introducción.....	18
3.2 Determinación de las condiciones de trabajo aplicables.....	20
3.2.1 Límites impuestos por el Derecho comunitario a la aplicación de disposiciones nacionales.....	20
3.2.1.1 Tratado	20
3.2.1.2 Disposiciones de Derecho derivado de particular relevancia para la contratación pública.....	21

RESUMEN

- El objeto de la presente Comunicación , que completa la Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998¹, pretende clarificar el abanico de posibilidades que ofrece el marco jurídico comunitario vigente para integrar aspectos sociales en los contratos públicos. Esta Comunicación se inserta asimismo entre las acciones anunciadas en la Agenda de política social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000². Dicha Agenda forma parte del enfoque integrado europeo destinado a conseguir la renovación económica y social esbozada en Lisboa. Concretamente, su finalidad es lograr una interacción positiva y dinámica entre medidas económicas, de empleo y sociales que se apoyen mutuamente.
- La introducción de otras posibilidades y, en especial, el recurso a prácticas que trasciendan de los límites del actual régimen de las Directivas sobre contratación pública requerirían la intervención del legislador comunitario.
- Siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario, todas las normas nacionales vigentes en el ámbito social, incluidas aquellas que incorporan al ordenamiento jurídico interno la reglamentación social comunitaria, son vinculantes para los poderes adjudicadores. Entre dichas normas se incluyen, en particular, las disposiciones relativas a los derechos de los trabajadores y a las condiciones de trabajo.
- El no respeto de determinadas obligaciones sociales puede conllevar la exclusión de los licitadores en algunos casos. Corresponde a cada Estado miembro determinar en cuáles.
- Es ante todo en la fase de ejecución, es decir una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.
- Las Directivas sobre contratación pública ofrecen, por lo demás, distintas posibilidades a la hora de tomar en consideración, con motivo de un procedimiento de contratación, aspectos sociales que guarden relación con los productos o prestaciones solicitados, especialmente al definir las especificaciones técnicas y los criterios de selección.
- En lo que respecta a los contratos que no entran en el ámbito de aplicación de las Directivas, los compradores públicos pueden libremente perseguir objetivos sociales a la hora de celebrar sus contratos, siempre que se atengan a las normas y los principios generales del Tratado CE. Corresponde a los Estados miembros determinar si los poderes adjudicadores pueden, o incluso deben, perseguir tales objetivos a través de los contratos públicos.

¹ COM(98) 143.

² “Agenda de política social”, COM(2000) 379 de 28.6.2000.

INTRODUCCIÓN

La presente Comunicación, que completa la *Comunicación sobre la contratación pública* del 11 de marzo de 1998, pretende precisar el abanico de posibilidades que ofrece el marco jurídico comunitario actual para integrar aspectos sociales en la contratación pública. En este sentido, cabe esperar que la presente Comunicación ayude a integrar, de manera óptima, los distintos aspectos sociales en los contratos públicos y contribuya, por tanto, al desarrollo sostenible, concepto éste que combina el crecimiento económico, el progreso social y el respeto del medio ambiente.

La política de contratación pública es uno de los componentes de la política del mercado interior. En este contexto, las Directivas en la materia³ están destinadas a garantizar la libre circulación de mercancías y la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública⁴. La realización de estos objetivos pasa por la coordinación de los procedimientos de contratación pública, la cual resulta necesaria para garantizar una competencia efectiva y sin discriminaciones para la obtención de los contratos y una asignación óptima de los fondos públicos mediante la selección de la mejor oferta. De esta forma, los poderes adjudicadores⁵ pueden, en principio, obtener la mejor relación calidad-precio, siempre que respeten una serie de normas, tales como la selección de los candidatos con arreglo a requisitos objetivos y la adjudicación del contrato en función, bien exclusivamente del precio, bien de la oferta económicamente más ventajosa, es decir, de un conjunto de criterios objetivos.

La política del mercado interior puede compaginarse con la consecución de otros objetivos, y entre ellos los de la política social.

La política social ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de la potencia económica de Europa, merced a la implantación de un modelo social único en su género⁶. Progreso económico y cohesión social, unidos a un elevado grado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, son los pilares complementarios del desarrollo sostenible y forman el núcleo del proceso de integración europea. Incrementar el nivel de vida, promover un elevado nivel de empleo y protección social, mejorar las condiciones de vida y de trabajo y desarrollar la calidad de vida figuran entre los objetivos de la Unión Europea⁷. La Agenda de política social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000, forma parte del enfoque integrado europeo destinado a conseguir la renovación económica y social esbozada en Lisboa. Concretamente, su finalidad es lograr una interacción positiva y dinámica entre las medidas económicas, de empleo y sociales y un acuerdo político que movilice a

³ Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18.6.1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14.6.1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14.6.1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, modificadas por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14.6.1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, modificada por la Directiva 98/04/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴ Este objetivo exige la «transparencia de los procedimientos y de las prácticas de celebración de contratos de obras públicas, con objeto de poder velar más eficazmente por la observancia de la prohibición de las restricciones y disminuir, al mismo tiempo, la disparidad de las condiciones de competencia entre los nacionales de los Estados miembros» (sexto considerando de la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18.7.1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras, DO L 210/1 de 21.7.1989).

⁵ A efectos de la presente Comunicación, y salvo especificación en contrario, el término «poder adjudicador» incluye también las «entidades contratantes», según se definen en la Directiva 93/38/CEE.

⁶ Prefacio de la Comunicación antes citada relativa a la Agenda de política social.

⁷ Comunicación de la Comisión titulada «Promover las normas fundamentales del trabajo y mejorar la gobernanza social en el contexto de la mundialización», COM(2001) 416 de 18.7.2001.

todos los agentes clave para trabajar conjuntamente en la consecución del nuevo objetivo estratégico⁸.

Por otra parte, el Tratado de Amsterdam consagra entre las prioridades de la Unión Europea la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y las actividades de la Unión. El Tratado establece asimismo, en su artículo 13, la necesidad de combatir cualquier tipo de discriminación⁹. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en Niza, reafirma el objetivo de la UE de integrar plenamente los derechos fundamentales en todas sus políticas y medidas¹⁰.

Las actuales Directivas sobre contratos públicos no contemplan expresamente la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público¹¹. No obstante, tal como lo señaló ya en la Comunicación de 1998 antes citada, la Comisión estima que la actual normativa comunitaria de contratación pública ofrece todo un abanico de posibilidades que, convenientemente aprovechadas, permiten alcanzar el resultado buscado.

En la presente Comunicación, la expresión «aspectos sociales» engloba acepciones y ámbitos muy diversos. Puede remitir tanto a las medidas por las que se garantiza el respeto de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad de trato y no discriminación (por ejemplo, entre hombres y mujeres), como a las legislaciones nacionales en materia social, así como a las directivas comunitarias al respecto¹². La expresión «aspectos sociales» abarca también las cláusulas preferentes (por ejemplo, para la reinserción de las personas desfavorecidas o excluidas del mercado de trabajo) o las actuaciones o discriminaciones positivas de cara a la lucha contra el desempleo o la exclusión social.

La presente Comunicación está 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 sigue las distintas fases de un procedimiento de contratación pública y señala, en cada una de ellas, si es posible tomar en consideración ciertos aspectos sociales y en qué medida.

Es conveniente recordar que la interpretación del Derecho comunitario corresponde en última instancia, y en todos los casos, al Tribunal de Justicia Europeo.

⁸ Prefacio de la Comunicación antes citada sobre la Agenda de política social, adoptada el 28.6.2000.

⁹ El artículo 13 se refiere a cualquier tipo de discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

¹⁰ Comunicación antes citada sobre las normas fundamentales del trabajo, parte 3.

¹¹ Las únicas disposiciones que se refieren expresamente a aspectos de carácter social figuran en los artículos 23 de la Directiva 93/37/CEE, 28 de la Directiva 92/50/CEE y 29 de la Directiva 93/38/CEE. Por otra parte, el artículo 9 de la Directiva 93/37/CEE contiene disposiciones que prevén un procedimiento especial de adjudicación con vistas a la concepción y construcción de viviendas sociales. Sin embargo, esta disposición, que data de la década de los setenta, tenía únicamente por objeto permitir a los Estados miembros que ofrecieran la posibilidad de adjudicar un contrato de construcción de viviendas sociales a un solo contratista que se encargara tanto de la concepción como de la realización. Por lo demás, son plenamente aplicables las demás disposiciones pertinentes de la Directiva.

¹² En el plano comunitario existe toda una serie de textos legislativos que pueden ser también de aplicación en el ámbito de la contratación pública, en particular los textos relativos a la salud y seguridad en el trabajo (por ejemplo, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12.6.1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, DO L 183/1 de 29.6.1989, o la Directiva 92/57/CEE, de 24.6.1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles), a las condiciones de trabajo y la aplicación del Derecho laboral (por ejemplo, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16.12.1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L 018/1 de 21.1.1997) y al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas (Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, DO L 82/16 de 22.3.2001, que codifica la Directiva 77/187/CEE).

Si se llegara a la conclusión de que el régimen vigente no ofrece posibilidades reales de integrar los aspectos sociales, sería necesario modificar las Directivas de contratación pública. Ha de señalarse que en las propuestas de modificación de dichas Directivas, que la Comisión adoptó el 10 de mayo de 2000, se mencionan de manera explícita una serie de condiciones de ejecución de los contratos cuya finalidad es fomentar el empleo de personas desfavorecidas o marginadas o luchar contra el desempleo¹³.

I CONTRATOS REGULADOS POR LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. Definición del objeto del contrato

La primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta “¿qué deseo construir o comprar como Administración pública?”. En esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales. Hasta qué punto lo harán depende en amplia medida de la concienciación y los conocimientos de los poderes adjudicadores.

Tal como señala la Comisión en su Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, estas posibilidades varían según los diversos tipos de contratos¹⁴. Lo mismo sucede con las posibilidades de tener en cuenta los aspectos sociales. Los contratos públicos de obras y servicios, que ofrecen concretamente la oportunidad de imponer un determinado modo de ejecución, son los que mejor permiten a los poderes adjudicadores tener en cuenta intereses de tipo social. En el caso de los contratos públicos de suministros, y al margen de la elección fundamental del objeto de los mismos (“¿qué voy a comprar?”), las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitadas. Los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, decidir adquirir bienes o servicios destinados a satisfacer las necesidades específicas de una categoría dada de personas, en particular, desfavorecidas o marginadas¹⁵. En este contexto, cabe destacar que los contratos de servicios de finalidad social se refieren, en la mayor parte de los casos, a servicios mencionados en el anexo IB de la Directiva 92/50/CEE o en el anexo XVI B de la Directiva 93/38/CEE y no están, por tanto, sujetos a las normas procedimentales detalladas de las Directivas, y concretamente a las normas de selección y adjudicación¹⁶ (véase a continuación el último apartado del capítulo II).

¹³ Véanse el considerando 22 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras, COM 2000/0275 final (DOC 29 E de 30.1.2001, p. 11-111), que se refiere al artículo 23.3 de la propuesta, y el considerando 32 de la propuesta de Directiva relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía y de los transportes, COM 2000/0276 final (DO C 29 E de 30.1.2001, p. 112-188), que se refiere al párrafo tercero del artículo 33 de la propuesta.

¹⁴ Véase el capítulo dedicado a la definición del objeto del contrato en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM(2001) 274 final, adoptada por la Comisión el 4.7.2001.

¹⁵ Algunos contratos de servicios que van dirigidos a una categoría social dada tienen, por su propia naturaleza, una finalidad social (por ejemplo, un contrato de formación destinada a desempleados de larga duración). Otro ejemplo destacable es el de los contratos para la compra de material o servicios informáticos adaptados a las necesidades de las personas discapacitadas.

¹⁶ Por ejemplo, los servicios sociales y sanitarios, los servicios de educación y formación profesional o los servicios recreativos y culturales. Los servicios enumerados en el anexo I B de la Directiva 92/50/CEE y en el anexo XVI B de la Directiva 93/38/CEE sólo están sujetos a las disposiciones de las Directivas sobre contratos públicos en lo relativo a las especificaciones técnicas y a la

En el supuesto de que existan diferentes soluciones para satisfacer las necesidades del poder adjudicador, éste puede definir contractualmente el objeto del contrato que mejor se corresponda con sus inquietudes de orden social, incluso utilizando variantes (véase a continuación la parte 1.2).

Esta libertad no es, sin embargo, ilimitada. Los poderes adjudicadores deben, en su calidad de organismos públicos, cumplir las normas y principios generales del Derecho comunitario, en particular los de la libre circulación de mercancías y servicios, tal y como se establece en los artículos 28 a 30 (antiguos artículos 30 a 36) y 43 a 55 (antiguos artículos 52 a 66) del Tratado CE¹⁷.

Ello implica que el objeto de un contrato público no puede definirse de tal forma que el acceso al mismo quede restringido a empresas nacionales, en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros.

Esta libertad de elección también puede verse limitada o influenciada por la legislación vigente en materia social o en otro ámbito, ya sea ésta comunitaria o nacional, siempre que esta última sea compatible con el Derecho comunitario.

De forma general, los poderes adjudicadores, al definir los productos o servicios que desean adquirir, pueden, incluso recurriendo a variantes, optar por bienes, servicios u obras que se ajusten a sus preocupaciones sociales, siempre que esta elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros.

En cualquier caso, el hecho de que un contrato esté destinado a un uso «social» (por ejemplo, construcción de un colegio, de un hospital o de una residencia de ancianos) no plantea problemas en el marco de las Directivas sobre contratación pública, ya que dichos contratos deben adjudicarse con arreglo a las normas contenidas en las mismas a partir del momento en que entran en su ámbito de aplicación.

La elección del objeto del contrato realizada por los poderes adjudicadores se traduce, en una primera etapa, en una serie de especificaciones técnicas.

1.2. Especificaciones técnicas

Tal como la Comisión señalaba ya en su Comunicación antes citada sobre la integración de aspectos medioambientales en la contratación pública¹⁸, las Directivas sobre contratos públicos¹⁹ contienen un conjunto de disposiciones relativas a las reglas técnicas, en virtud de las cuales es necesario indicar en los documentos generales o el pliego de condiciones de cada contrato las especificaciones técnicas a las que deben atenderse los suministros, los servicios o las obras.

De acuerdo con las Directivas sobre contratación pública, los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de imponer especificaciones técnicas que definan con mayor precisión el objeto de la compra o de la prestación, siempre que éstas se

publicación de un anuncio de adjudicación. No obstante, quedan sujetos a las disposiciones del Tratado, lo que implica, en particular, la obligación de respetar los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores.

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: El mercado único y el medio ambiente, COM (1999) 263 final de 8.6.1999, p. 8 y 9.

¹⁸ Véase el apartado I del capítulo II de la Comunicación antes citada. En él, la Comisión aclara concretamente el concepto de «especificación técnica» a tenor de lo previsto en las Directivas sobre contratación pública.

¹⁹ Véanse los artículos 14 de la Directiva 92/50/CEE, 8 de la Directiva 93/36, 10 de la Directiva 93/37/CEE, y 18 de la Directiva 93/38/CEE.

atengan a las indicaciones dadas en las Directivas y que no tengan por efecto el eliminar o aventajar a un licitador²⁰.

En la Comunicación antes citada, la Comisión precisa, en particular, que las disposiciones de las Directivas sobre contratos públicos referentes a las especificaciones técnicas se aplican sin perjuicio de las normas técnicas nacionales obligatorias que sean compatibles con el Derecho comunitario²¹. Estas normas pueden incluir requisitos relativos, por ejemplo, a la seguridad de los productos, la higiene y la protección de la salud o el acceso por parte de las personas discapacitadas a determinados edificios o medios de transporte público (por ejemplo, anchura de los pasillos y las puertas, aseos adaptados, rampas de acceso) o a ciertos productos y servicios (por ejemplo, en el campo de las tecnologías de la información)²².

Así, en lo que se refiere a las obras, por ejemplo, los poderes adjudicadores pueden estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva 92/57/CEE en materia de salud y seguridad en las obras²³. Esta Directiva incide en la organización técnica de la obra y puede dar lugar a la inclusión, en el pliego de condiciones de un determinado contrato, de prescripciones técnicas específicas cuyo objeto es proteger la salud y la seguridad de quienes trabajan en la obra, así como de terceros. Entre ellas cabe citar las medidas para evitar los accidentes laborales, tales como la señalización y el almacenamiento de productos peligrosos o, asimismo, la definición de un plan de circulación de la maquinaria.

Aparte de estas especificaciones, que reflejan la normativa en materia social, hay otros ejemplos de especificaciones técnicas de connotación social que servirán para caracterizar objetivamente un producto o una prestación²⁴.

Los poderes adjudicadores pueden exigir concretamente que los productos solicitados se fabriquen con arreglo a un determinado método, en la medida en que éste caracterice el producto frente a otros productos competidores, y de tal forma que respondan a las necesidades de aquéllos²⁵. En lo que respecta a la utilización de «etiquetas sociales» ligadas a la solvencia «social» de una empresa, cabe remitirse al apartado 1.3.2 de la presente Comunicación²⁶.

Por otra parte, los poderes adjudicadores pueden tomar en consideración las variantes presentadas²⁷, las cuales les permiten elegir la opción que mejor responde a sus exi-

²⁰ Véanse a este respecto los artículos 8.6 de la Directiva 93/36/CEE, 10.6 de la Directiva 93/37/CEE, 14.6 de la Directiva 92/50 y 18.5 de la Directiva 93/38/CEE.

²¹ Ello significa que deben ser básicamente conformes a la jurisprudencia del Tribunal en lo relativo a las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas.

²² En el marco de la iniciativa eEurope, y con el objeto de lograr una «sociedad de la información para todos», se invita a los poderes adjudicadores a garantizar el mayor acceso posible a las tecnologías de la información para las personas con necesidades particulares y a adoptar las pautas de la iniciativa de accesibilidad a la Web en lo relativo a los sitios de Internet.

²³ Ésta obliga a los poderes adjudicadores a tener en cuenta la seguridad y la salud de los trabajadores en las obras, tanto en la adjudicación como en la ejecución de sus contratos de obras.

²⁴ Por ejemplo, la compra de material o servicios informáticos adaptados a las necesidades de los invidentes. Este tipo de exigencias sirve para definir las características técnicas del producto, por lo que guarda relación con el objeto del contrato.

²⁵ Tal como se indica en la Comunicación antes citada sobre las posibilidades de integrar las consideraciones medioambientales en los contratos públicos, un requisito que no guarde relación alguna con el producto o la prestación en sí, como, por ejemplo, la exigencia de que la empresa se gestione de una determinada manera, no constituye una especificación técnica a efectos de las Directivas sobre contratos públicos y no puede ser impuesto. Como ejemplos de exigencias que no pueden considerarse especificaciones técnicas, se menciona la utilización en las oficinas de la empresa de papel reciclado, la aplicación de un método concreto de tratamiento de residuos para las oficinas de la empresa, o la contratación de grupos específicos de trabajadores (minorías étnicas, discapacitados, mujeres).

²⁶ Una «etiqueta social» ligada a la solvencia «social» de una empresa no puede considerarse una «especificación técnica» a efectos de lo previsto en las Directivas sobre contratos públicos.

²⁷ Todas las Directivas sobre contratos públicos prevén la posibilidad, cuando el criterio aplicable es el de la oferta económicamente más ventajosa, de que los poderes adjudicadores tomen en consideración las variantes propuestas por un licitador que satisfagan las prescripciones mínimas impuestas por aquéllos. Los poderes adjudicadores deben indicar en el pliego de condiciones las espe-

gencias económicas y sociales, sin dejar de satisfacer los requisitos mínimos impuestos en el pliego de condiciones. Estas variantes podrán referirse, por ejemplo, a diferentes soluciones técnicas planteadas de cara a la ergonomía de un producto o con vistas a garantizar la accesibilidad para los discapacitados de cierto material o servicio, incluidos las herramientas y servicios facilitados en línea o de tipo electrónico e informático.

1.3. Selección de los candidatos o licitadores

Las Directivas comprenden básicamente dos conjuntos de normas en lo referente a la selección.

Por una parte, contienen una lista exhaustiva de las circunstancias en las que la situación personal de un candidato o licitador puede dar lugar a su exclusión de un procedimiento de contratación pública. Estas circunstancias incluyen, esencialmente, la declaración de quiebra, la condena por delito, las faltas profesionales graves o el impago de las exacciones obligatorias. Las causas de exclusión están sujetas a una interpretación estricta. No obstante, la aplicación de las disposiciones relativas a la exclusión es facultativa para los poderes adjudicadores.

Por otra parte, las Directivas disponen que la comprobación de la aptitud de los licitadores o candidatos para participar en un contrato o presentar una oferta se lleve a cabo en función de criterios relacionados con su capacidad económica, financiera o técnica²⁸. Las Directivas enumeran, con carácter exhaustivo e imperativo, los criterios de selección cualitativa, esto es, los relativos a la capacidad técnica, económica y financiera, que pueden justificar la elección de los candidatos o licitadores²⁹. Por consiguiente, la utilización de criterios de selección distintos de los previstos en las Directivas sería contraria a la normativa actual.

En el asunto *Beentjes*, el Tribunal dictaminó que el requisito de contratar a desempleados de larga duración no guardaba relación alguna con la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica (apdo. 28 de la sentencia)³⁰. A este respecto, la Comisión puntualiza que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de imponer condiciones relativas a la ejecución del contrato y de integrar, en ese momento, el requisito de contratar a desempleados de larga duración (véase, más adelante, el apartado 1.6).

En lo que respecta a la capacidad económica y financiera, las Directivas prevén diversos documentos mediante los cuales se puede demostrar que los candidatos o licitadores poseen la oportuna capacidad con vistas a un determinado contrato. La lista de los documentos mencionados no es exhaustiva. No obstante, cualquier otro documento exigido por los poderes adjudicadores debe tener valor «probatorio», es decir, ser apropiado para demostrar la aptitud de los licitadores desde un punto de vista estrictamente económico y financiero de cara a un contrato específico³¹. Los documen-

cificaciones técnicas mínimas que deberán cumplir las variantes, así como las exigencias particulares a las que habrán de responder. Cuando no se admitan variantes, los poderes adjudicadores deben indicarlo en el anuncio de contrato (artículos 24 de la Directiva 92/50/CEE, 16 de la Directiva 93/36/CEE, 19 de la Directiva 93/37/CEE y 34.3 de la Directiva 93/38/CEE).

²⁸ Artículos 15 de la Directiva 93/36/CEE, 18 de la Directiva 93/37/CEE, 23 de la Directiva 92/50/CEE y 31.1 de la Directiva 93/38/CEE.

²⁹ En su sentencia de 21.9.1988 en el asunto 31/87, *Beentjes*, el Tribunal precisó que de las Directivas sobre contratos públicos se desprende que «los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica» (apdo. 17 de la sentencia).

³⁰ De manera análoga, en su sentencia de 10.2.1982 en el asunto 76/81, *Transporoute*, el Tribunal desestimó el criterio de honorabilidad de los directivos de una empresa, por considerar que éste representaba una forma de prueba ajena a las taxativamente previstas por la Directiva 71/305/CEE en lo relativo a la capacidad económica y financiera de las empresas (apdos. 9 y 10).

³¹ Véase a este respecto la sentencia *Transporoute* antes citada, apdo. 9.

tos que pueden exigirse en la actualidad para evaluar la capacidad económica y financiera de los licitadores no ofrecen posibilidad alguna de tomar en consideración elementos de carácter social.

En lo que respecta a la capacidad técnica, las normas de las Directivas permiten, en cierta medida, tener en cuenta aspectos sociales. Las posibilidades que ofrecen dichas normas se detallan más adelante (véase apartado 1.3.2).

En las Directivas se especifica³² que la información requerida para demostrar la situación económica y financiera, así como la capacidad técnica, debe restringirse al objeto del contrato.

En los «sectores especiales», las facultades de apreciación con que cuentan las entidades adjudicadoras a este respecto son más amplias, puesto que la Directiva 93/38/CEE, en el apartado 1 de su artículo 31, sólo impone la utilización de «criterios y normas objetivos» definidos de antemano y a los que los candidatos o licitadores interesados tengan acceso.

1.3.1. *Exclusión de los candidatos o licitadores por incumplimiento de la legislación social*

En su Comunicación de 1998 antes citada, la Comisión recordaba que las Directivas sobre contratos públicos vigentes contienen disposiciones que permiten excluir, en la fase de selección, a los candidatos o licitadores que infrinjan la legislación en materia social, en la que se incluyen las normas para promover la igualdad de oportunidades.

Por un lado, las Directivas permiten excluir a cualquier licitador «que no esté al corriente en el pago de las cotizaciones de la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o del país del poder adjudicador»³³.

Por otro lado, las Directivas permiten excluir a cualquier licitador «que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a su moralidad profesional» o «que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por algún medio que los poderes adjudicadores puedan justificar»³⁴.

Así, de conformidad con estas disposiciones, cabe eliminar de un procedimiento de adjudicación de un contrato público a un licitador que haya sido condenado en sentencia firme por incumplimiento de la normativa nacional referente, por ejemplo, a la prohibición del trabajo clandestino³⁵.

Además, las Directivas permiten a los poderes adjudicadores, en aquellos Estados miembros que hayan introducido en su legislación nacional disposiciones en ese sentido, excluir de un procedimiento de contratación pública a un candidato o licitador que no haya observado dicha legislación.

³² Véase, por ejemplo, el artículo 32.4 de la Directiva 92/50/CEE.

³³ Véanse los artículos 20.e) de la Directiva 93/36/CEE, 24.e) de la Directiva 93/37/CEE, a los que hace referencia el artículo 31.2 de la Directiva 93/38/CEE, y el artículo 29.e) de la Directiva 92/50/CEE.

³⁴ Véanse los artículos 20.c) y d) de la Directiva 93/36/CEE, 24.c) y d) de la Directiva 93/37/CEE, a los que hace referencia el artículo 31.2 de la Directiva 93/38/CEE, y el artículo 29.c) y d) de la Directiva 92/50/CEE.

³⁵ Una condena por inobservancia de la prohibición de emplear a trabajadores clandestinos puede suponer la exclusión temporal (por un período de 5 años, como máximo) o definitiva de la participación en contratos públicos o, en virtud del artículo L 362-62 del Código laboral francés.

Así pues, podemos imaginar una serie de supuestos en los que cabría excluir a los licitadores que hayan infringido la legislación de carácter social, si esta infracción constituye una falta grave en materia profesional o un delito que afecte a la moralidad profesional. Estas cláusulas de exclusión pueden, por ejemplo, comprender el incumplimiento de las disposiciones en materia de igualdad de trato o de salud y seguridad o en favor de determinadas categorías de personas³⁶. El poder adjudicador puede, por ejemplo, excluir a un licitador nacional que no haya aplicado las medidas en pro de la igualdad de oportunidades que prescribe la legislación del país del poder adjudicador, siempre que la inobservancia de tales disposiciones constituya en ese mismo país una falta grave.

El concepto en sí de falta profesional grave no se define ni la legislación ni en la jurisprudencia europeas³⁷, por lo que corresponde a los Estados miembros determinarlo en su legislación nacional y decidir concretamente si el incumplimiento de ciertas obligaciones sociales constituye una falta profesional grave.

1.3.2. *Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores*

Las Directivas sobre contratos públicos determinan los medios por los cuales puede demostrarse la capacidad técnica de un candidato o licitador, estableciendo una lista exhaustiva de los documentos o medios de prueba que los candidatos o licitadores pueden verse obligados a presentar para demostrar su aptitud desde un punto de vista técnico, en función de la naturaleza, de la magnitud y del objetivo del contrato³⁸. Así pues, toda exigencia específica relativa a la capacidad técnica del candidato o licitador que los poderes adjudicadores impongan debe basarse en alguno de los documentos enumerados en las Directivas.

El objetivo de la fase de selección consiste en elegir a los licitadores que los poderes adjudicadores consideran capaces de ejecutar el contrato. Las distintas exigencias impuestas deben, por tanto, estar directamente relacionadas con el objeto del contrato³⁹.

En esta fase de la selección, los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de exigir pruebas de la experiencia y los conocimientos de los licitadores⁴⁰. Podrán, por ejemplo, verificar la composición del personal de la empresa y los cuadros que forman parte del mismo, los equipos técnicos con los que ésta cuenta y el sistema de control de la calidad, a fin de asegurarse de que la empresa dispone de la capacidad necesaria, en términos de cualificación del personal y medios materiales, para ejecutar o llevar a cabo el contrato.

³⁶ En España, la violación de la normativa sobre el empleo de los discapacitados constituye una falta grave en materia profesional y puede llevar a la exclusión del licitador. En Francia, existen unos treinta supuestos de exclusión por incumplimiento de la legislación laboral (por ejemplo, esta legislación obliga a las empresas con más de 100 empleados a contratar a dos personas discapacitadas; el empresario puede ser condenado por la Inspección de Trabajo, lo cual permite a los poderes adjudicadores excluirlo por falta profesional grave).

³⁷ Informe final del estudio Falcone relativo a los contratos públicos y la delincuencia organizada (1998) – Volumen I: 24.5.1999 - Institute of Advanced Legal Studies – University of London.

³⁸ Artículos 23 de la Directiva 93/36/CEE, 27 de la Directiva 93/37/CEE y 32 de la Directiva 92/50/CEE.

³⁹ El artículo 32.2 de la Directiva 92/50/CEE señala expresamente que tales exigencias se determinarán en función de la naturaleza, cantidad y utilización de los servicios que vayan a prestarse.

⁴⁰ Cuando se trate de contratos de servicios, la capacidad de los proveedores para prestar determinados servicios puede evaluarse en función de sus conocimientos técnicos, su eficacia, su experiencia y también su fiabilidad (artículo 32.1 de la Directiva 92/50/CEE). Véase a este respecto la sentencia *Beentjes* antes citada, apdo. 37.

Si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos⁴¹.

Las pruebas que permiten exigir las Directivas sobre contratos públicos⁴² sólo ofrecen la posibilidad de tener en cuenta la «solvencia social» de la empresa (denominada también, en ocasiones, «responsabilidad social»⁴³), si ésta demuestra la capacidad técnica de la empresa, a tenor de lo anteriormente señalado, para ejecutar un determinado contrato.

1.4. Adjudicación del contrato

Una vez efectuada la selección de los candidatos o los licitadores, los poderes adjudicadores acometen la fase de evaluación de las ofertas, que desembocará en la adjudicación del contrato.

La selección de los candidatos o licitadores y la adjudicación del contrato son dos operaciones que se rigen por normas distintas.

A efectos de la adjudicación de los contratos públicos, las Directivas pertinentes⁴⁴ permiten aplicar dos criterios diferentes, el del precio más bajo, que no requiere mayores comentarios, y el de la «oferta económicamente más ventajosa».

Si el contrato se adjudica a la oferta económicamente más ventajosa, las Directivas exigen que los poderes adjudicadores indiquen en el pliego de condiciones o el anuncio de contrato los criterios que tienen previsto aplicar, en la medida de lo posible por orden de importancia decreciente. De ello se desprende que los poderes adjudicadores están obligados no sólo a definir todos los criterios que se proponen utilizar al evaluar las ofertas, sino también a no aplicar, durante la evaluación, criterios distintos de los previstos en el anuncio de contrato o el pliego de condiciones.

1.4.1. Criterio de la oferta económicamente más ventajosa

Las Directivas sobre contratos públicos enumeran, a modo de ejemplo, una serie de criterios en los que los poderes adjudicadores pueden basarse para determinar la ofer-

⁴¹ Experiencia específica en materia de gestión de una guardería, por ejemplo, o de servicios de formación para desempleados de larga duración.

⁴² Entre la documentación enumerada de manera exhaustiva en las Directivas sobre contratos públicos para demostrar la capacidad técnica de un licitador, se puede citar, en particular, la siguiente: (1) lista de las obras realizadas en los 5 últimos años, acompañada de certificados de ejecución correcta para las obras más importantes, o lista de los servicios prestados en los 3 últimos años; (2) descripción del equipo técnico, de las medidas de garantía de la calidad adoptadas y de los medios de estudio e investigación; o (3) indicación de los técnicos u organismos técnicos a los que el candidato puede recurrir para ejecutar el contrato, con independencia de que formen parte o no de la empresa del proveedor, y en particular de los responsables del control de la calidad.

⁴³ Estos términos de «responsabilidad» o «solvencia social» reflejan la tendencia que lleva progresivamente a las empresas a integrar cada vez más aspectos sociales, éticos y medioambientales en su política empresarial y de inversión, sin limitarse simplemente, en ocasiones, a respetar la legislación al respecto. Los planteamientos en lo tocante a la responsabilidad social de las empresas varían, no obstante, considerablemente en función de los sectores y de las diferencias culturales nacionales, o incluso regionales. En su Libro Verde titulado «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», la Comisión hace hincapié en la importancia de la responsabilidad social de las empresas, ya que ésta puede contribuir positivamente al objetivo estratégico de Lisboa (véase el apdo. 6 del Libro Verde). A través de este Libro Verde, la Comisión desea fomentar un amplio debate sobre la forma en que la Unión Europea podría promover esta responsabilidad social a nivel tanto europeo como internacional (apdo. 7). Por otra parte, en la actualidad se observa la aparición en el mercado de diversas «etiquetas sociales» de carácter voluntario. En el mencionado Libro Verde, la Comisión define la noción de «etiqueta social» como “palabras y símbolos sobre un producto con las que se intenta influir en las decisiones de compra de los consumidores garantizando el impacto social y ético de una operación empresarial en otras partes interesadas”.

⁴⁴ Artículos 26 de la Directiva 93/36/CEE, 30 de la Directiva 93/37/CEE, 36 de la Directiva 92/50/CEE y 34 de la Directiva 93/38/CEE.

ta que resulte más ventajosa desde el punto de vista económico⁴⁵. También es posible aplicar otros criterios.

En regla general, las Directivas imponen dos condiciones a los criterios que se aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa. En primer lugar, debe observarse el principio de no discriminación⁴⁶. En segundo lugar, los criterios utilizados han de suponer una ventaja económica para el poder adjudicador. El Tribunal de Justicia ha confirmado que el objetivo de las Directivas consiste en excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por los poderes adjudicadores, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico⁴⁷.

La característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se citan a modo de ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución⁴⁸. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio.

Los criterios de adjudicación deben, por tanto, estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución⁴⁹.

Entre los criterios que se mencionan a modo de ejemplo en las Directivas no figuran criterios sociales. Sin embargo, si por «criterios sociales» entendemos aquellos que permitan evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas⁵⁰, podemos considerar que éstos son aceptables, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de lo previsto en las Directivas.

Por el contrario, los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores⁵¹ o las preferencias de precios⁵², por ejemplo, serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos. Lo mismo cabe decir de los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades,

⁴⁵ Los criterios citados a modo de ejemplo en las Directivas son el precio, el plazo de entrega o ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad, la calidad, el carácter estético y funcional, el valor técnico, el servicio posventa y la asistencia técnica.

⁴⁶ Cualquier criterio que favoreciese a los licitadores locales y que mermara las posibilidades de los licitadores potenciales establecidos en otros Estados miembros de llevarse el contrato considerado y prestar los servicios objeto del mismo constituiría una restricción de la libre prestación de servicios a efectos de lo dispuesto en el artículo 49 (ex 59) del Tratado CE.

⁴⁷ Sentencias de 3.10.2000 en el asunto C-380/98 «Universidad de Cambridge», apdo. 17, en la que el Tribunal hace referencia a las sentencias de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartado 33, y de 10.11.98, BFI Holding, en el asunto C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 42 y 43. Véanse, asimismo, los apartados 41 y 42 de la sentencia de 1.2.2001 en el asunto C-237/99, Comisión contra República Francesa, «HLM».

⁴⁸ Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 4 de mayo de 1988 en el asunto Beentjes antes citado, apdo. 35.
⁴⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 30.1 de la Directiva 93/37/CEE. Véanse también a este respecto las conclusiones del Abogado General Colomer presentadas el 5 de junio de 2001 en los asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, *Lombardini*, nota al pie de la página 23 de las conclusiones.

⁵⁰ De cara a un contrato destinado a prestar servicios informáticos a todos los empleados de un municipio (servicios del anexo IA), podría figurar, en principio, entre los criterios a considerar para determinar la oferta económicamente más ventajosa el del método propuesto por el licitador para garantizar, en todo momento y de manera satisfactoria, un servicio de calidad que responda a las necesidades específicas de cualquier persona discapacitada.

⁵¹ En Estados Unidos, el 20% de los contratos está reservado para las «small minority businesses», es decir, las empresas controladas por minorías. Este país pidió que se consignara una excepción en este sentido en el Acuerdo de Contratación Pública (ACP).

⁵² En el caso hipotético de que algunas categorías de licitadores disfruten de una preferencia de precio con arreglo a la cual la oferta presentada por el licitador A, aun cuando sea superior a la de B, se considerará equivalente a esta última si A aplica una determinada política social, por ejemplo, una política activa de ascensos femeninos.

esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo. Estos criterios, que no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, quedan excluidos por las actuales Directivas, habida cuenta de que su finalidad debe consistir en hacer posible la evaluación de las cualidades intrínsecas de un producto o una prestación. Por lo demás, dichos criterios se considerarían incompatible con los compromisos adquiridos por los Estados miembros a través del Acuerdo sobre Contratación Pública celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio⁵³.

Para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato⁵⁴.

En este contexto, cabe preguntarse si el concepto de «oferta económicamente más ventajosa» implica que cada uno de los criterios de adjudicación escogidos deberá comportar una ventaja económica en beneficio directo del poder adjudicador, o si basta con que cada uno de tales criterios pueda medirse en términos económicos, aun cuando no presente una ventaja económica directa para el poder adjudicador que se refleje en la compra considerada.

Esta cuestión se ha planteado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-513/99. La sentencia, que previsiblemente será dictada a finales de 2001 y que se refiere a un problema relacionado con el medio ambiente, podrá por analogía aportar una respuesta en relación con los criterios sociales⁵⁵.

Tanto en el Libro Verde⁵⁶ como en la Comunicación antes citada sobre la contratación pública⁵⁷, la Comisión se ha pronunciado claramente en favor de la primera interpretación.

La Comisión destaca que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de imponer una serie de condiciones para la ejecución del contrato y que, en ese momento, pueden tomar en consideración ciertos objetivos sociales (véase más adelante el apartado 1.6).

1.4.2. «Criterios adicionales»

Este concepto ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia Europeo⁵⁸.

⁵³ Algunos Estados signatarios han incluido expresamente salvedades con vistas a permitir a los poderes adjudicadores aplicar un criterio social al adjudicar los contratos. Concretamente, Estados Unidos solicitó que se consignara una excepción que permite en particular reservar determinados mercados en favor de las minorías. En los compromisos asumidos por la Comunidad Europea frente a sus socios comerciales no figuran tales salvedades, por lo que, en general, este tipo de criterios debe considerarse contrario a las disposiciones de las Directivas, en particular las que regulan la adjudicación de los contratos públicos.

⁵⁴ En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE.

⁵⁵ Asunto C-513/99, *Stagecoach Finland Oy Ab*, publicado en el DO C 102/10 de 8.4.2000.

⁵⁶ Libro Verde - La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro, COM(1996) 583 de 27.11.96.

⁵⁷ Véase el capítulo 4.3 de la Comunicación de 1998, referente a la integración de consideraciones medioambientales en la adjudicación de los contratos. Véase también el punto 48 de la Comunicación titulada "Aspectos regionales y sociales de la contratación pública", COM(89) 400, adoptada por la Comisión el 22.9.1989 (DO C 311 de 12.12.1989).

El problema surgió por primera vez en el asunto Beentjes antes citado. En esta ocasión, el Tribunal sostuvo que el criterio de contratar a desempleados de larga duración no guardaba relación ni con la comprobación de la aptitud económica, financiera y técnica del candidato, ni con los criterios de adjudicación enumerados en la Directiva. El Tribunal declaró que este criterio era, no obstante, compatible con las Directivas sobre contratación pública si se atenía a todos los principios pertinentes del Derecho comunitario.

En el asunto G-225/98, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmó⁵⁹ que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes. En este sentido, el Estado miembro en cuestión consideraba esta condición como un criterio accesorio no determinante, aplicable una vez que las ofertas se habían comparado desde un punto de vista puramente económico. Finalmente, refiriéndose a la aplicación de un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo, el Tribunal precisa que éste no debe tener una incidencia directa o indirecta en los licitadores procedentes de otros Estados miembros de la Comunidad y ha de mencionarse expresamente en el anuncio de contrato, con el objeto de que los contratistas puedan tener conocimiento de la existencia de tal condición.

Estas consideraciones podrían también aplicarse a otras condiciones en el ámbito de lo social.

1.5. Ofertas anormalmente bajas

Las actuales Directivas sobre contratos públicos⁶⁰ se limitan a obligar a los poderes adjudicadores a pedir explicaciones a cualquier licitador cuya oferta les parezca anormalmente baja con respecto a la prestación, antes de poder rechazarla. Los poderes adjudicadores deben verificar la composición de la oferta y, si la juzgan poco fiable, pueden rechazarla, sin que las Directivas les obliguen, no obstante, a ello. En aquellos Estados miembros que hayan adoptado las oportunas disposiciones a tal fin, los poderes adjudicadores podrán, no obstante, verse obligados a rechazar las ofertas anormalmente bajas debido al incumplimiento de normas en materia de empleo o de Derecho laboral, por ejemplo.

Las Directivas enumeran, a modo de ejemplo, algunos elementos que los poderes adjudicadores pueden tener en cuenta, como la economía del procedimiento, las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de las que pueda disfrutar el licitador. Atendiendo a la situación actual de las Directivas, es posible tomar en consideración aspectos tales como el incumplimiento de las normas sobre seguridad o empleo para rechazar una oferta anormalmente baja con respecto a la prestación. De acuerdo con el planteamiento general de las Directivas, las condiciones prácticas en las que ha de realizarse tal verificación dependen del Derecho nacional, entendiéndose, no obstante, que esa verificación debe ser siempre contradictoria.

⁵⁸ Asunto Gebroeders Beentjes, antes citado, (véase punto 29) y asunto C-225/98, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, sentencia de 26 de septiembre de 2000, "Construcción y mantenimiento de edificios escolares en la Région Nord-Pas-de-Calais y el département du Nord" (Rec. 2000, I-7445).

⁵⁹ Véase a este respecto el Informe general de las actividades de la Unión Europea del año 2000, punto 1119, página 407.

⁶⁰ Artículos 27 de la Directiva 93/36/CEE, 30 de la Directiva 93/37/CEE, 37 de la Directiva 92/50/CEE y 34.5 de la Directiva 93/38/CEE.

1.6. Ejecución del contrato

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 miembros⁶¹.

Los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de definir las cláusulas contractuales que determinarán la forma de ejecución del contrato, dado que, por el momento, las Directivas sobre contratos públicos no se ocupan de organizar la fase de ejecución de los contratos.

No obstante, las cláusulas o condiciones de ejecución deben atenerse al Derecho comunitario y, en particular, no tener un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de otros Estados (véase más adelante el apartado 3.2.).

Además, la aplicación de dichas cláusulas o condiciones debe ajustarse a todas las normas procedimentales de las Directivas y, en concreto, a las relativas a la publicidad⁶². No pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse tampoco a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación⁶³. En este sentido, la cláusula contractual es independiente de la evaluación de la capacidad de los licitadores para realizar los trabajos y de los criterios de adjudicación⁶⁴.

Por otra parte, y en aras de la transparencia, estas condiciones deberán mencionarse en el anuncio de contrato, a fin de que todos los candidatos o licitadores tengan conocimiento de ellas⁶⁵.

Por último, en la ejecución de los contratos públicos deben respetarse, en cualquier caso, todas las normas pertinentes en el ámbito social y de la seguridad (véase el capítulo III).

La cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este último. En consecuencia, basta en principio con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir ese requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada⁶⁶. En cambio, no puede exigirse que se cumplan esas condiciones a efectos de la presentación de la oferta.

Los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social. A modo de ejemplo, éstas son al-

⁶¹ A modo de ejemplo, una cláusula por la que se exija que el adjudicatario emplee a un número o un porcentaje determinado de desempleados de larga duración o jóvenes aprendices, sin exigir que los desempleados o aprendices pertenezcan a una región dada o dependan de un organismo nacional, con vistas a la ejecución de un contrato de obras, no constituye *a priori* una discriminación contra los licitadores de los demás Estados miembros.

⁶² Véase el apartado 31 de la sentencia *Beentjes* antes citada.

⁶³ Véase el apartado 28 de la sentencia *Beentjes* antes citada.

⁶⁴ Comunicación antes citada sobre los "Aspectos regionales y sociales de la contratación pública", punto 59.

⁶⁵ «Con el fin de cumplir el objetivo de la Directiva de garantizar el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos, los criterios y condiciones que rigen cada contrato deben ser objeto de una publicidad adecuada por parte de los poderes adjudicadores» (véase la sentencia *Beentjes* antes citada, apdo. 21).

⁶⁶ De la jurisprudencia del Tribunal en su sentencia de 22.6.1992 en el asunto C-243/89 «Storebaelt», se desprende que los poderes adjudicadores están obligados a rechazar las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario violarían el principio de igualdad de trato de los licitadores, en el que se fundamentan las Directivas sobre contratos públicos.

gunas 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 étnica⁶⁷;
- 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;
- la 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.

Cabe señalar que resulta más difícil imaginar cláusulas contractuales referidas al modo de ejecución cuando se trata de contratos de suministros, dado que el imponer cláusulas que requieran una adaptación de la organización, la estructura o la política de una empresa establecida en el territorio de otro Estado miembro podría suponer una discriminación o constituir una restricción injustificada de los intercambios.

II CONTRATOS PÚBLICOS NO REGULADOS POR LAS DIRECTIVAS

Las Directivas comunitarias sólo se aplican a determinados contratos públicos, concretamente aquellos cuyo importe es igual o superior al mínimo fijado.

El Derecho comunitario deja a los Estados miembros la responsabilidad de decidir si los contratos públicos no contemplados en las Directivas comunitarias deben o no quedar sujetos a las normas nacionales en la materia.

Los Estados miembros tienen, asimismo, la facultad de decidir, dentro de los límites fijados por el Derecho comunitario, si los contratos públicos no contemplados en las Directivas pueden, o incluso deben, perseguir objetivos que no sean el de la «mejor relación calidad-precio», al que apuntan las Directivas sobre contratación pública.

Sin perjuicio de la normativa nacional en la materia, en lo tocante a estos contratos, los poderes adjudicadores disfrutan de total libertad para definir y aplicar criterios sociales de selección y adjudicación en el marco de sus procedimientos de contratación pública, siempre que observen las normas y los principios generales del Tratado CE⁶⁸, lo que implica, en particular, una transparencia suficiente y la igualdad de trato de los licitadores.

Así, podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos en favor de ciertas categorías de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o

⁶⁷ Cuando se trate de un contrato de servicios, puede consistir, por ejemplo, en instaurar una política de promoción de la diversidad étnica y racial en el lugar de trabajo, lo que se refleja en una serie de instrucciones dadas a los responsables de la selección de personal, de los ascensos o de la formación del personal; asimismo, el contratista puede designar a un responsable encargado de instaurar una política de este tipo en el lugar de trabajo.

⁶⁸ Para mayor información, véase el capítulo III de la Comunicación interpretativa de la Comisión antes citada sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública.

los desempleados. No obstante, estas prácticas no deberán suponer una discriminación directa o indirecta contra los proveedores de los demás Estados miembros⁶⁹, ni constituir una restricción injustificada de los intercambios⁷⁰. De este modo, una reserva de contratos en favor de los licitadores nacionales se considerará contraria a las normas y los principios generales del Tratado CE. Por el contrario, si la participación en los contratos está también abierta a los talleres protegidos de los demás Estados miembros, dicha práctica no se considerará *a priori* discriminatoria, pero la adjudicación del contrato deberá respetar, en particular, los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia⁷¹ (véase también lo señalado en el capítulo III).

Al margen de los contratos no regulados por las Directivas, conviene recordar que los poderes adjudicadores disponen también de cierto margen de maniobra al celebrar contratos relativos a los servicios contemplados en el anexo IB de la Directiva 92/50/CEE y en el anexo XVI B de la Directiva 93/38/CEE, anexos en los que se enumeran la mayor parte de los servicios de finalidad «social» (servicios sociales y sanitarios, por ejemplo). En efecto, estos contratos sólo están sujetos a las disposiciones de las Directivas sobre contratación pública referentes a las especificaciones técnicas y la publicidad (anuncio de adjudicación), sin que les sean aplicables las normas pormenorizadas contenidas en las Directivas en relación con la selección de los candidatos y la adjudicación de los contratos. Con todo, estos contratos de servicios están sujetos a lo dispuesto en la normativa nacional, así como a las normas y principios del Tratado antes señalados.

III DISPOSICIONES EN MATERIA SOCIAL APLICABLES A LOS CONTRATOS PÚBLICOS

3.1 Introducción

Ante todo, cabe recordar que, aun cuando las Directivas sobre contratos públicos no contengan ninguna disposición específica en ese sentido, la ejecución de los contratos públicos debe atenerse plenamente a todas las normas y disposiciones, tanto nacionales e internacionales como comunitarias, que sean de obligado cumplimiento en el ámbito social. En su caso, estas obligaciones se mencionarán en el anuncio de contrato o en el pliego de condiciones. Las Directivas sobre contratos públicos prevén ya la posibilidad⁷² de que los poderes adjudicadores, por iniciativa propia o porque así se les exija, mencionen en el pliego de condiciones de un contrato la autoridad o autoridades nacionales a las que los licitadores podrán dirigirse para obtener la oportuna información sobre las obligaciones relativas a las disposiciones de protección y a

⁶⁹ En el Reino Unido se aplicaba un régimen de preferencias, el «Priority Suppliers Scheme» (régimen de proveedores prioritarios), destinado a fomentar el empleo de los discapacitados mediante la asignación de contratos de suministros gubernamentales y con arreglo al cual ciertas empresas inscritas en una lista podían presentar una segunda oferta para nivelarse con la oferta más baja, ventaja con la que no contaban los licitadores análogos de los demás Estados miembros. Este régimen se derogó con motivo de las negociaciones de la Directiva codificada 93/36/CEE y se substituyó, en noviembre de 1994, por un régimen conforme al Derecho comunitario, el «special contract arrangement». El acceso al sistema se ha hecho extensivo a todos aquellos que empleen a discapacitados en la Unión y el recurso al mismo se limita a los contratos de importe inferior a los umbrales previstos.

⁷⁰ El artículo XXIII del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC («Excepciones a las disposiciones del Acuerdo») prevé la posibilidad para las Partes Contratantes de «establecer o poner en vigor las medidas [...] relacionadas con artículos fabricados o servicios prestados por minusválidos, o en instituciones de beneficencia o penitenciarias», siempre que dichas medidas no constituyan «un medio de discriminación arbitraria o injustificable» ni «una restricción encubierta del comercio internacional». Esta posibilidad no ha sido incorporada a las Directivas.

⁷¹ Véanse, a este respecto, las sentencias del Tribunal de 18.11.1999 en el asunto C-275/98, *Unitron*, y de 7.12.2000 en el asunto C-324/98, *Telaustria*.

⁷² Artículo 23 de la Directiva 93/37 (obras), artículo 28 de la Directiva 92/50 y artículo 29 de la Directiva 93/38 (sectores especiales).

las condiciones de trabajo que sean de obligado cumplimiento en el lugar en que se realicen las obras o en que se presten los servicios⁷³.

Entre esas obligaciones figura, en concreto, la de respetar las normas nacionales derivadas de las Directivas comunitarias en materia social. En el ámbito de los contratos públicos, son particularmente pertinentes las Directivas relativas a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, las referentes al traspaso de empresas y al desplazamiento de trabajadores (véase a continuación el apartado 3.2.2.2), así como las recientes Directivas en materia de igualdad de trato⁷⁴.

Las citadas obligaciones pueden, asimismo, derivarse de determinados Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁷⁵. En lo que respecta más concretamente a las normas fundamentales del trabajo reconocidas a nivel internacional, los principios y derechos fundamentales en el lugar de trabajo definidos por la OIT se aplican, como es obvio, íntegramente a los Estados miembros⁷⁶.

Las ofertas de los licitadores que no hayan tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones de protección y las condiciones de trabajo indicadas por el poder adjudicador en el pliego de condiciones no podrán considerarse conformes a este último. Por otra parte, es probable que las ofertas de los licitadores que no hayan tenido en cuenta convenientemente estas obligaciones resulten anormalmente bajas con respecto a la prestación, pudiendo, en su caso, desestimarse por ello (véase más arriba el apartado 1.5).

En reiteradas ocasiones se han planteado preguntas⁷⁷ acerca de la interpretación y aplicación de determinadas normas sociales que deben obligatoriamente observarse en la contratación pública y cuya identificación resulta aparentemente difícil en el contexto de los contratos públicos, sobre todo en la fase de ejecución. Concretamente, se plantean con frecuencia preguntas sobre la aplicación del Derecho laboral y las condiciones de trabajo a los trabajadores enviados por su empresa a otro Estado miembro con vistas a la prestación de un servicio, dado que estas condiciones inciden, en particular, en la preparación de las ofertas por parte de los licitadores. Otro problema que también se plantea con frecuencia en el contexto de los contratos pú-

⁷³ Con arreglo a las actuales Directivas sobre contratos públicos, los poderes adjudicadores que hagan uso de la posibilidad que ofrecen dichas Directivas y hagan constar la información antes señalada en el pliego de condiciones, tienen asimismo el deber de asegurarse de que los licitadores tengan convenientemente en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones de protección y de las condiciones de trabajo al elaborar sus ofertas, pidiendo a estos últimos que lo mencionen en sus ofertas. De esta forma, los licitadores pueden obtener la información necesaria sobre las obligaciones en materia social que deberán cumplir en el lugar de ejecución del contrato, en el supuesto de que éste les sea adjudicado, y tener en cuenta, al elaborar su oferta, los costes que les ocasionarán tales obligaciones.

⁷⁴ Directiva 2000/43/CE, de 29.6.2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO 2000 L 180/22) y Directiva 2000/78/CE, de 27.11.2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000 L 303/16).

⁷⁵ Esto es, los Convenios n° 87, de 9.7.1948, y 98, de 1.7.1949 (relativos, respectivamente, a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, y a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva); n° 29, de 28.6.1930, y 105, de 25.6.1957 (abolición del trabajo forzoso); n° 111, de 25.6.1958 (discriminación en materia de empleo y ocupación); n° 100, de 29.6.1951 (igualdad de remuneración y prohibición de cualquier discriminación); n° 138, de 26.6.1973, y 182, de 17.6.1999 (edad mínima y prohibición de las formas más inhumanas de trabajo de los niños).

⁷⁶ Comunicación antes citada de la Comisión sobre las normas fundamentales del trabajo. La Comisión señala en ella que, dado que la rápida ratificación por todos los Estados miembros de los ocho convenios básicos de la OIT es un concomitante natural del compromiso de la Unión de promover las normas fundamentales del trabajo, el 15 de septiembre de 2000 la Comisión envió a los Estados miembros una Recomendación sobre la ratificación del convenio básico de la OIT más reciente: el n° 182, antes citado (recomendación publicada en el DO L 243 de 28.9.2000).

⁷⁷ Con frecuencia, tales preguntas vienen motivadas por el deseo de garantizar en mayor medida la protección social de los trabajadores y sus condiciones de trabajo. Por otra parte, la protección social de los trabajadores ha sido consagrada por el Tribunal de Justicia como una exigencia imperativa de interés general que puede justificar la adopción de medidas nacionales por las que se restrinja el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales del Derecho comunitario (sentencias de 17 de diciembre de 1981, en el asunto C-279/80, *Webb*, Rec. 3305; de 3 de febrero de 1982, *Seco y Desquenne & Giral*, 62/81 y 63/81, Rec. 223; de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, Rec. I-345; de 28 de marzo de 1996, *Guiot*, C-272/94, Rec. I-1905; de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96).

blicos es la contratación por el adjudicatario del contrato de una parte o la totalidad de los empleados del anterior contratista.

Además, la evaluación del alcance de las obligaciones pertinentes en materia social puede desempeñar un papel importante en la tramitación y comprobación de las ofertas que resultan a primera vista anormalmente bajas.

La Comisión desea recordar en la presente Comunicación las disposiciones y obligaciones comunitarias de particular interés en este contexto, a fin de aportar respuestas a tales preguntas.

3.2 Determinación de las condiciones de trabajo aplicables

En lo tocante a las normas nacionales, internacionales y comunitarias de obligado cumplimiento en materia social, conviene hacer una distinción entre las situaciones de ámbito transfronterizo y las demás situaciones (que pueden, en principio, considerarse puramente nacionales).

En una situación "nacional", los poderes adjudicadores, los licitadores y los contratistas deben, como mínimo, cumplir todas las obligaciones en materia de protección y condiciones de trabajo, incluidas las que vengan determinadas por derechos colectivos e individuales, que se deriven de la legislación laboral aplicable, de la jurisprudencia y/o de los convenios colectivos, siempre que éstos sean compatibles con la normativa comunitaria y las normas y principios generales del Derecho comunitario, y en particular el principio de igualdad de trato y no discriminación.

En una situación transfronteriza, los proveedores de servicios deberán satisfacer básicamente exigencias justificadas por motivos imperiosos de interés general vigentes en el país de acogida (el inventario de estas normas ha sido "comunitarizado" por la Directiva 96/71/CE - véase más abajo, apartado 3.2.1.2 -), sin por ello quebrantar el principio de igualdad de trato.

En ambas situaciones pueden también ser aplicables disposiciones más favorables para los trabajadores (las cuales deberán, en su caso, ser igualmente observadas), siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario.

3.2.1 Límites impuestos por el Derecho comunitario a la aplicación de disposiciones nacionales

3.2.1.1 Tratado

Dado que la aplicación de las disposiciones pertinentes sólo es posible si éstas son compatibles con el Derecho comunitario, cabe preguntarse cuáles son los límites y restricciones que éste impone.

De la jurisprudencia reiterada del Tribunal, resumida en su sentencia *Arblade*⁷⁸, se desprende que el artículo 49 (ex 59) del Tratado CE no sólo exige que se elimine cualquier discriminación contra un proveedor de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también que se suprima toda restricción, aun cuando se aplique indistintamente a los proveedores nacionales y los de los demás Estados miembros, si ésta puede impedir, dificultar o hacer menos atractivas las actividades del proveedor establecido en otro Estado miembro, donde presta legal-

⁷⁸ Sentencia *Arblade*, antes citada, en particular apartados 33-39.

mente servicios análogos⁷⁹. Por otra parte, aun en ausencia de armonización, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede verse limitada por normas justificadas por motivos imperiosos de interés general que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que esté sujeto el proveedor en el Estado miembro en el que esté establecido⁸⁰. La aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los proveedores de servicios establecidos en otros Estados miembros debe, asimismo, ser adecuada para garantizar la consecución del objetivo que persiguen, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo⁸¹.

Entre los motivos imperiosos de interés general que el Tribunal ha reconocido ya figura, en concreto, la protección de los trabajadores⁸², incluidos los del sector de la construcción⁸³. Por el contrario, las consideraciones de orden puramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro se sustraiga a las normas del Derecho comunitario, especialmente cuando ello lleve a impedir o restringir el ejercicio de una de las libertades fundamentales consagradas por el Derecho comunitario⁸⁴. Cabe señalar que los motivos imperiosos de interés general que justifican las disposiciones materiales de una normativa pueden también justificar las medidas de control necesarias para garantizar su observancia⁸⁵.

Excluir de la participación en un contrato público a una empresa establecida en otro Estado miembro que no haya suscrito el convenio colectivo vigente en el país del poder adjudicador en el sector correspondiente, no sólo sería, por tanto, contrario a las Directivas sobre contratos públicos, sino que podría constituir, además, una violación del principio de libre prestación de servicios y, en su caso, del derecho de establecimiento⁸⁶.

3.2.1.2 Disposiciones de Derecho derivado de particular relevancia para la contratación pública

Directiva 96/71/CE (desplazamiento de trabajadores)

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal⁸⁷, el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros hagan extensiva su legislación o los convenios laborales colectivos celebrados por los interlocutores sociales, en particular en relación con los sueldos mínimos, a cualquier persona que realice un trabajo asalariado, incluso de

⁷⁹ Véanse las sentencias de 25.7.1991, *Säger*, C-76/90, Rec. p. I-4221, apdo. 12; de 9.8.1994, *Vander Elst contra OMI*, C-43/93, Rec. p. I-3803, apdo. 14; de 12.12.1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, Rec. p. I-6511, apdo. 25, y de 9.7.1997, *Parodi*, C-222/95, Rec. p. I-3899, apdo. 18, así como el apartado 10 de la sentencia *Guiot*, antes citada.

⁸⁰ Véanse, en particular, las sentencias *Webb*, antes citada, apdo. 17; *Säger*, antes citada, apdo. 15; *Vander Elst*, antes citada, apdo. 16, y *Guiot*, antes citada, apdo. 11, así como las sentencias de 26.2.1991, *Comisión/Italia*, C-180/89, Rec. p. I-709, apdo. 17 y *Comisión/Grecia*, C-198/89, Rec. p. I-727, apdo. 18.

⁸¹ Véanse, en particular, las sentencias *Säger*, antes citada, apdo. 15; de 31.3.1993, *Kraus*, C-19/92, Rec. p. I-1663, apdo. 32; de 30.11.1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec. I-4165, apdo. 37; y *Guiot*, antes citada, apdos. 11 y 13.

⁸² Véanse las sentencias antes citadas *Webb*, apdo. 19, *Rush Portuguesa*, apartado 18, y *Seco y Desquenne & Giral*, apdo. 14.

⁸³ Sentencia *Guiot*, antes citada, apdo. 16.

⁸⁴ Véase, en particular, la sentencia de 26.1.1999, *Terhoeve*, C-18/95, Rec. p. I-345, apdo. 45.

⁸⁵ Véanse, a este respecto, la sentencia *Rush Portuguesa*, antes citada, apdo. 18, y la sentencia *Arblade*, antes citada, apdos. 61 a 63 y 74. No obstante, aun cuando el Tribunal reconociera en esta última sentencia la importancia de la protección social de los trabajadores y el fundamento de ciertas medidas de control destinadas a garantizar su cumplimiento, también añadió que dichas medidas de control sólo resultaban admisibles "a falta de un sistema organizado de cooperación o intercambio de información entre Estados miembros, como el que prevé el artículo 4 de la Directiva 96/71" (véase *supra* el apartado II.3.2). El sistema organizado de cooperación o intercambio de información entre Estados miembros previsto hará, pues, que algunas de las medidas de control resulten superfluas una vez transcurrido el plazo para la incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico interno (16 de diciembre de 1999). Véase también a este respecto la respuesta a la pregunta escrita E-00/0333 de la Sra. B. Weiler.

⁸⁶ Véanse, a este respecto, las conclusiones formuladas por el Abogado General en el asunto C-493/99, Comisión contra Alemania, el 5.4.2001.

⁸⁷ En particular, en la sentencia de 27.3.1990, *Rush Portuguesa*, antes citada, apdo. 18).

carácter temporal, en su territorio, con independencia del país en que esté establecido el empleador.

Partiendo de esta jurisprudencia del Tribunal y de las disposiciones pertinentes del Convenio de Roma de 1980⁸⁸, la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, está destinada a coordinar las legislaciones de los Estados miembros, a fin de «comunitarizar» las normas imperativas de interés general y transformar las «posibilidades» de los Estados miembros en obligaciones comunitarias en situaciones de ámbito transnacional. Este texto comunitario pretende garantizar a un tiempo las libertades fundamentales del Tratado y la protección de los trabajadores, y ofrecer una mayor seguridad jurídica a las empresas, como proveedores de servicios, y a los trabajadores desplazados en el marco de la libre prestación de servicios. Dentro del Derecho laboral comunitario, este texto aporta a los trabajadores una protección considerable. Para ello, la Directiva contiene una lista común de normas de protección mínima que deben observar, en el país de acogida, los empresarios que desplacen a trabajadores en las circunstancias antes descritas. En el contexto de la contratación pública, la Directiva permite, asimismo, garantizar que se apliquen las mismas reglas a todos los licitadores y ofrecer la oportuna claridad jurídica en cuanto a los elementos que han de tomarse en consideración al preparar las ofertas.

Este «núcleo» de normas imperativas de protección mínima se basa bien en disposiciones legales, bien en convenios colectivos declarados de aplicación general (según se definen en la Directiva), y cubre los siguientes aspectos:

- períodos máximos de trabajo y períodos mínimos de descanso;
- duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
- cuantías de salario mínimo;
- condiciones de suministro de mano de obra (en particular por empresas de trabajo temporal);
- seguridad, salud e higiene en el trabajo;
- medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, de los niños y de los jóvenes;
- igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

Cabe señalar que, con arreglo a lo previsto en la Directiva, las normas fijadas por convenios colectivos declarados de aplicación general⁸⁹ son obligatoriamente aplicables en el sector de la construcción. No obstante, los Estados miembros pueden hacer

⁸⁸ Sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO 1980 L 266.

⁸⁹ La Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores especifica en su artículo 3 lo que debe entenderse por convenios colectivos o laudos arbitrales «de aplicación general» (art. 3.1) o «declarados de aplicación general» (art. 3.8). En cualquier caso, la aplicación de dichos convenios colectivos deberá ajustarse al principio de igualdad de trato, según se define en el último párrafo del apartado 8 del mismo artículo. De acuerdo con esta disposición, «se entenderá que existe igualdad de trato cuando las empresas nacionales que se encuentren en una situación similar estén sometidas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas objeto de los desplazamientos, por lo que se refiere a las materias enumeradas en el apartado 1 del párrafo primero, y puedan serle exigidas dichas obligaciones con los mismos efectos».

extensiva su aplicación a otros sectores. Las normas derivadas de disposiciones legales se aplican a todos los sectores.

La Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores introduce, por tanto, una serie de «cláusulas sociales» en las relaciones entre el proveedor de servicios que realiza su actividad en un Estado miembro y el destinatario de la prestación, que puede ser una entidad pública, situado en otro Estado miembro (Estado miembro de acogida). Todo proveedor que envíe a sus trabajadores al Estado miembro de acogida debe respetar un conjunto de prescripciones mínimas de Derecho laboral vigentes en dicho Estado.

Directiva 2001/23/CE (Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas)

La asunción por una empresa de ciertas actividades realizadas hasta entonces por otra empresa, a raíz de un procedimiento de contratación pública, podría entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa al traspaso de empresas. En efecto, este traspaso podría efectuarse en el marco de una adjudicación de contratos de servicio público⁹⁰, de un proceso de privatización de un sector, al transferir una entidad en régimen de concesión administrativa⁹¹, o a raíz de un procedimiento de contratación pública, como, por ejemplo, la adjudicación de un contrato de servicios⁹².

La Directiva comunitaria aplicable en este contexto⁹³ está destinada a garantizar la continuidad de la relación laboral existente a toda persona que disfrute, en su calidad de trabajador, de la protección de las normas nacionales de Derecho laboral⁹⁴, independientemente de la naturaleza de las funciones que esa persona ejerza⁹⁵.

El criterio esencial y decisivo para determinar si la Directiva sobre el traspaso de empresas es aplicable en un caso dado, y en particular si existe traspaso a tenor de lo previsto en la misma, consiste en comprobar si la entidad económica traspasada conserva su identidad⁹⁶ tras la operación, lo cual se refleja concretamente en el mantenimiento efectivo de la explotación o en su reanudación⁹⁷. El concepto de entidad remite a un conjunto de personas y medios organizado de manera estable que hace posible el ejercicio de una actividad económica con un objetivo específico⁹⁸. Para verificar si se cumplen las condiciones de traspaso de una entidad económica es necesario tomar en consideración todas las circunstancias en las que se inscribe la operación. No obstante, estos elementos constituyen tan sólo aspectos parciales de la evaluación global que resulta necesaria y no pueden, por tanto, ser examinados de forma aislada por el juez nacional al que corresponde realizar esta labor⁹⁹.

⁹⁰ Véase, por ejemplo, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable, de 26.7.2000, COM (2000) 7, y en particular su artículo 9.3.

⁹¹ Asunto C-343/98, *Collino*, sentencia de 14.9.2000 relativa a una transmisión a título oneroso, en forma de concesión administrativa, por una entidad encargada de la explotación de servicios de telecomunicaciones destinados al público (y gestionada por un organismo público integrado en la Administración del Estado) a una sociedad de Derecho privado constituida por otro organismo público que posee la totalidad de su capital.

⁹² Asunto C-172/99, *Oy Liikenne*, sentencia de 25.1.2001 relativa a la explotación de autobuses.

⁹³ Directiva 2001/23/CE, antes citada.

⁹⁴ Véanse sentencias de 11.7.1985, 105/84, *Danmols Inventar*, de 19.5.1992, C-29/91, *Sophie Redmond Stichting*; y de 10.12.1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, *Sánchez Hidalgo y otros*.

⁹⁵ Asunto *Collino* antes citado.

⁹⁶ Sentencias de 14.4.1994, asunto C-392/92, *Schmidt*; de 19.9.1995, asunto C-48/94, *Rygaard*; de 26.9.2000, C-175/99, *Mayeur*.

⁹⁷ Sentencias de 18.3.1986, 24/85, *Spijkers*; de 11.3.1997, C-13/95, *Süzen*; y de 10.12.1998, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, *Hernández Vidal*, así como sentencia de 2.12.99 en el asunto C-234/98 *Allen y otros* y asunto *Oy Liikenne* antes citado.

⁹⁸ Por ejemplo, asuntos *Süzen*, *Hidalgo y otros*, *Allen y otros* y *Oy Liikenne*, antes citados.

⁹⁹ Asuntos *Spijkers*, *Süzen*, *Sánchez Hidalgo y otros* y *Hernández Vidal*, antes citados.

La ausencia de un vínculo convencional entre el cedente (es decir, el antiguo contratista) y el cesionario (el nuevo contratista), si bien puede constituir un indicio de que no ha habido traspaso a efectos de lo dispuesto en la Directiva, no tiene en ese sentido una importancia determinante¹⁰⁰. La Directiva se aplica en todos los casos en que se produzca un cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa y que, como tal, adquiera las obligaciones propias de un empleador frente a los asalariados de la empresa¹⁰¹.

Tal como se confirma en la sentencia dictada recientemente en el asunto *Oy Liikenne* antes citado¹⁰², el hecho de que el traspaso se efectúe a raíz de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos no plantea problemas específicos en lo que respecta a la aplicación de la Directiva sobre el traspaso de empresas. Además, las dos Directivas no son inconciliables por sus objetivos¹⁰³. Por otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal en materia de contratación pública se desprende que los poderes adjudicadores tienen la obligación de informar a los licitadores de todas las condiciones que lleve aparejadas la ejecución de un contrato, al objeto de que éstos puedan tenerlas en cuenta al elaborar sus ofertas. Así, cualquier operador ha de hallarse en condiciones de evaluar si, en el supuesto de que se acepte su oferta, será conveniente que adquiera una parte significativa de los activos del actual titular del contrato y conserve una parte o la totalidad del personal del mismo, o si estará obligado a hacerlo, y si, en su caso, se encontrará en una situación de traspaso de empresa a efectos de lo previsto en la Directiva 2001/23/CE¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Sentencia de 10.2.1988 en el asunto *Tellerup*, conocida como "Daddy's Dance Hall", y asuntos *Sitzen, Hidalgo y otros, Mayeur y Oy Liikenne*, antes citados.

¹⁰¹ Sentencias *Tellerup, Sitzen, Hidalgo y otros, Mayeur y Oy Liikenne*, antes citados. Por otra parte, la Directiva se aplica igualmente en el supuesto de una decisión de traspaso adoptada unilateralmente por la corporación pública (municipio) [sentencia de 19.5.1992, asunto C-29/91, *Sophie Redmond Stichting*]. Además, el hecho de que el servicio traspasado haya sido concedido por un organismo de Derecho público, como un municipio, no descarta que la Directiva sea de aplicación, dado que la actividad considerada no forma parte del ejercicio del poder público [asuntos *Collino* (apdo. 32) e *Hidalgo y otros* (apdo. 24), antes citados]. Por el contrario, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la transferencia de atribuciones administrativas entre Administraciones públicas no constituyen un traspaso de empresa [sentencia de 15.10.1996, asunto C-298/94, *Henke*; asunto *Mayeur* antes citado].

¹⁰² Véase, en particular, apdos. 21/22.

¹⁰³ Véanse también las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto C-172/99, antes citado, en particular apdos. 28 a 37; véase el apdo. 22 de la sentencia.

¹⁰⁴ Sentencia *Oy Liikenne* antes citada, apdo. 23.