



Informe 6/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Posibilidad de establecer, como condición especial de ejecución o como criterio de adjudicación, mejoras sociales consistentes en un incremento salarial del personal adscrito a la ejecución de un contrato público

ANTECEDENTES

I. El Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con la posibilidad de establecer, como condición especial de ejecución, una mejora social consistente en un incremento salarial. En concreto, formula las siguientes consultas:

“1. Si existe la posibilidad y en qué supuestos, de incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas, como condición especial de ejecución de un contrato, una cláusula social consistente en imponer al adjudicatario la obligación de abonar a su personal adscrito a su ejecución un salario mínimo específico superior al legalmente establecido como salario mínimo interprofesional.

2. En caso afirmativo, si esta exigencia se puede extender también a los subcontratistas.

3. En uno y otro caso, si puede afectar únicamente al personal adscrito a la ejecución del contrato o, también, al resto de personal de las empresas afectadas.”

El escrito de petición de informe adjunta, de conformidad con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, sobre los requisitos que han de reunir las solicitudes de informe formuladas a la Junta Consultiva, el informe jurídico emitido por la Secretaría General del Ayuntamiento, en el cual se analizan las posibilidades actuales de incorporar cláusulas sociales en la contratación pública, en particular, por lo que se refiere al Ayuntamiento y sus entes instrumentales. En este informe se alude a una Moción aprobada por el Pleno municipal, en la cual se acuerda, entre otros, “asegurar que en las futuras licitaciones públicas se adoptarán medidas normativas que condicionen a aquellas empresas subcontratadas o receptoras de recursos municipales, a adoptar el salario mínimo de 1.071,40 € a su personal contratado”. Respecto de esta medida, el mencionado informe concluye que “la exigencia de un salario mínimo específico por encima del legalmente establecido, sin ninguna otra cobertura legal, es dudosa”, motivo por el cual “recomienda que, con carácter previo a su implementación, se eleve la correspondiente consulta a la Junta Consultiva”.

II. Por su parte, el Ayuntamiento de Palau-Solità i Plegamans también ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva en relación con la posibilidad de establecer, si bien como criterio de adjudicación, una mejora social consistente en el incremento salarial. En concreto, el escrito de petición de informe señala que es de interés de la corporación conocer la opinión de esta Junta Consultiva respecto de “la posibilidad de incluir como



criterio de valoración los relativos a la retribución salarial de las personas trabajadoras que ejecuten el contrato” y, en particular, respecto a la inclusión de una cláusula con la siguiente redacción literal:

“Tomando como referencia las retribuciones salariales establecidas en el convenio del sector, publicado en xxxx, se considerarán las retribuciones salariales superiores que la empresa licitadora propone aplicar a las personas que ejecuten el contrato público.

Se considerará el porcentaje de aumento sobre la retribución salarial computando el salario base y el plus convenio de todos los trabajadores a subrogar, aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{Puntos} = P \times A / B$$

Puntos es el número de puntos totales adjudicados a la propuesta.

P = es el número máximo de puntos a otorgar, es decir, 10 puntos.

A = Porcentaje más alto de todas las ofertas presentadas.

B= Porcentaje de la oferta que se valora.

Se considerarán las ofertas que propongan un aumento porcentual que se aplicará a las personas que ejecuten el contrato. Las ofertas que no propongan ningún aumento tendrán una puntuación de 0 puntos.”

La petición de informe, de conformidad con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, ya mencionada, adjunta el Informe jurídico suscrito por la secretaria y la técnica de servicios jurídicos del Ayuntamiento, en el cual, entre otros, se hace referencia a las posibilidades que ofrece la nueva Ley de Contratos del Sector Público para incluir criterios sociales.

III. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, las entidades que integran la Administración local en Cataluña. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Las consultas que se formulan a esta Junta Consultiva hacen referencia a la posibilidad de introducir mejoras salariales en los contratos públicos, como condición especial de ejecución o como criterio de adjudicación.

En concreto, la primera solicitud de petición de informe plantea, en esencia, la posibilidad de una condición especial de ejecución que imponga a la empresa adjudicataria de un contrato público –y también a las empresas subcontratistas– el pago a las personas trabajadoras adscritas a su ejecución, de un salario mínimo específico superior al legalmente establecido como salario mínimo interprofesional.



Con carácter previo, hay que tener en cuenta que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), tiene como objetivo, entre otros, conseguir que la contratación pública se utilice como instrumento para implementar las políticas, tanto europeas como nacionales, en materia social¹. Así, la inclusión en los contratos públicos de consideraciones de tipo social ha experimentado una evolución significativa en relación con la regulación contenida en el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP)². Esta evolución, que es consecuencia en gran medida de la transposición al derecho interno de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, ha permitido superar determinadas limitaciones en cuanto a la introducción en estos contratos de cláusulas relativas a condiciones laborales y salariales.

En este sentido, a efectos de la consulta que se plantea por el Ayuntamiento de Cornellà, de entrada hay que hacer referencia al artículo 122 de la LCSP, relativo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el cual prevé expresamente, como novedad, que estos deben incluir “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”. De conformidad con esta previsión, la LCSP también obliga a tener en cuenta el convenio colectivo sectorial aplicable en el presupuesto base de licitación, en el valor estimado del contrato y en el precio del contrato.

Así, el artículo 100.2 de la LCSP establece la obligación de que el presupuesto base de licitación indique, en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia y que, incluso, se haga de manera desglosada y con desagregación de género y categoría profesional³.

¹ Así, el apartado III de su preámbulo señala que el sistema legal de contratación pública que establece la Ley “trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

² Es el mismo artículo 1.3, relativo al objeto y la finalidad de la LCSP, el que dispone expresamente que “en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales” –y también medioambientales–, siempre que guarde relación con el objeto del contrato; y precisa que “su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”.

³ Respecto de esta obligación se ha pronunciado recientemente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en la Resolución nº 632/2018, de 29 de junio, en la cual revisa su doctrina consolidada en resoluciones anteriores –y adoptadas de conformidad con el TRLCSP–, relativa a si la Administración contratante se encuentra vinculada a los costes laborales



En relación con el valor estimado, el artículo 101.2 de la LCSP prevé que en su cálculo, en los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales aplicables. Respecto al precio de los contratos, el artículo 102.3 prevé que en los servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

En la misma línea, el artículo 149 de la LCSP, relativo a las ofertas anormalmente bajas, obliga los órganos de contratación a rechazar las ofertas de las empresas licitadoras si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplen las obligaciones aplicables en materia laboral, nacional o internacional, “incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes”.

Las mencionadas previsiones de la LCSP resuelven una cuestión que, en el marco jurídico del TRLCSP, se había planteado en diferentes órganos y tribunales encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación pública, relativa a la viabilidad de una condición especial de ejecución que obligue a las empresas contratistas a aplicar, a las personas que se adscriban a la ejecución de un contrato, como mínimo, las condiciones salariales del convenio colectivo sectorial de aplicación⁴. Así, es ahora la

derivados de los convenios colectivos de referencia a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato. Así, a raíz de la regulación que ahora se contiene en la LCSP, en concreto, en los artículos 1.3, 100.2, 101.2, 102.3, 149, 201, este Tribunal afirma que “los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento (...), sino que, además, ‘tienen fuerza vinculante’, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los Pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución”. Por lo tanto, declara que el incumplimiento de la obligación del artículo 100.2 de la LCSP supone la omisión de datos cuyo conocimiento es trascendental para la adjudicación y ejecución del contrato.

En la misma línea, también se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (en adelante, TACPM) en la Resolución nº 191/2018, de 27 de junio.

⁴ De hecho, fue una cuestión que dio lugar a pronunciamientos discrepantes. Así, el TACPM, en la Resolución nº 19/2018, de 10 de enero de 2018, consideró conforme con la normativa de contratación pública una cláusula que establecía como condición esencial la aplicación a todos los trabajadores adscritos a la prestación, como mínimo, las tablas salariales recogidas en el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad; también, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Canarias, en la Resolución nº 050/2017, de 20 de abril de 2017, admitió la posibilidad de una condición especial de ejecución mediante la cual se obligue a las empresas contratistas a aplicar las condiciones de trabajo establecidas en el último convenio colectivo sectorial y territorial en vigor, siempre que se cumplan los requisitos que exige la normativa de contratación pública. Por el contrario, el órgano administrativo de recursos contractuales de Euskadi, en la Resolución nº 1/2018, de 3 de enero de 2018, consideró que una obligación impuesta en el pliego relativa a que en materia retributiva y de condiciones de trabajo fuera aplicable el Convenio colectivo sectorial no obedece a ninguna de las finalidades a las que deben obedecer las condiciones de ejecución de carácter social según el artículo 118 del TRLCSP.



misma LCSP la que establece, en el mencionado artículo 122, esta obligación de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos públicos, y las mencionadas correlativas obligaciones respecto al presupuesto base de licitación, al valor estimado y al precio de los contratos.

Por lo tanto, dado que, por imperativo de la LCSP, las empresas adjudicatarias de los contratos públicos deben cumplir, en relación con las personas trabajadoras que se adscriban a la ejecución de un contrato, las condiciones salariales de acuerdo con el convenio colectivo sectorial aplicable, la cuestión planteada se circunscribe a la conformidad con la normativa en materia de contratación pública de una condición especial de ejecución que obligue a las empresas contratistas al pago de un determinado salario mínimo superior a lo que se establece en el convenio colectivo sectorial que resulte aplicable a la prestación contractual. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en caso de que no haya un convenio colectivo sectorial aplicable a la actividad objeto de licitación, la cuestión debe plantearse en los términos de la consulta formulada en el escrito de petición de informe, eso es, la conformidad con aquella normativa de una condición especial de ejecución que imponga a las empresas contratistas la obligación de pagar un salario mínimo específico superior, pero respecto del salario mínimo interprofesional fijado por la normativa correspondiente⁵.

II. La LCSP regula las condiciones especiales de ejecución del contrato en el artículo 202, el cual introduce algunas novedades muy relevantes respecto de la regulación que establecía sobre estas condiciones el artículo 118 del TRLCSP e, incluso, la prevista en el artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE. Así, hay que destacar que establece la obligación de los órganos de contratación de prever en el pliego al menos una condición especial de ejecución de tipo medioambiental, social o relativa al empleo que persiga alguna de las finalidades que enumera su apartado 2.

De la misma manera, este precepto faculta a los órganos de contratación a establecer condiciones especiales de ejecución de tipo social o relativas al empleo y, en concreto, el apartado 2, segundo párrafo, señala como finalidad que pueden tener estas condiciones, entre otras, la de “garantizar (...) el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”.

Por lo tanto, la LCSP establece en el artículo 122, como se ha dicho, una obligación de inclusión en los pliegos el cumplimiento de los Convenios Colectivos sectoriales de aplicación respecto a las condiciones salariales de las personas que las empresas adjudicatarias adscriban a la ejecución de los contratos públicos; y además en el artículo 202, faculta a los órganos de contratación a establecer condiciones especiales de ejecución de garantía del cumplimiento de aquellos convenios, hay que entender, pues, que en este caso referidas a condiciones de trabajo que prevean y que afecten a otras

⁵ Actualmente, el Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, fija el salario mínimo interprofesional para el año 2018.

materias diferentes a la salarial⁶. Sin embargo, estas son unas garantías de mínimos, que, como es lógico, no deben impedir la aplicación por las empresas contratistas de condiciones de trabajo más favorables.

En todo caso, a pesar de que la condición especial de ejecución que se analiza –relativa a la obligación de las empresas contratistas de pago a las personas trabajadoras adscritas al contrato de un salario mínimo específico superior al establecido en el convenio colectivo sectorial aplicable o, si no hay convenio colectivo sectorial, respecto del salario mínimo interprofesional legalmente establecido– no encuentra encaje específico en ninguna de las finalidades que pueden tener las consideraciones de tipo social o relativas al empleo que se enumeran en el apartado 2, segundo párrafo, del artículo 202 de la LCSP, dado el carácter abierto de estas finalidades –son de carácter ejemplificativo y no *númerus clausus*– no se puede descartar *a priori* la viabilidad. Por lo tanto, hay que hacer referencia seguidamente a los requisitos que deben cumplir las condiciones especiales de ejecución para resultar admisibles.

De acuerdo con el apartado 1 del artículo 202 de la LCSP, las condiciones especiales de ejecución deben estar vinculadas al objeto del contrato, no deben ser directamente o indirectamente discriminatorias, y deben ser compatibles con el derecho comunitario. Además, se establece que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Estos requisitos son casi los mismos que exige la Directiva 2014/24 en el artículo 70, de conformidad con lo que se expone en el considerando 104⁷.

Respecto del requisito relativo a la necesaria vinculación de las condiciones de ejecución con el objeto del contrato, hay que tener en cuenta que el artículo 145.6 de la LCSP recoge el concepto amplio de vinculación del artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, de manera que permite que las condiciones especiales de ejecución –y también los criterios de adjudicación– incorporen aspectos sociales del proceso específico de producción, prestación y comercialización de las obras, los suministros o los servicios que se tengan que facilitar de acuerdo con el contrato de que se trate, en cualquier etapa de su ciclo de vida e, incluso, cuando los mencionados factores no formen parte de su sustancia material. Por lo tanto, dado que, en determinados contratos públicos, el factor trabajo puede considerarse como un factor que caracteriza el proceso específico de producción o prestación, una condición especial de ejecución como la que ahora se analiza relativa a

⁶ En este sentido, es la misma Directiva 2014/24 la que dispone en su considerando 39 que en los contratos públicos “debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión.”

⁷ El artículo 70 establece que “los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación”. Asimismo, el considerando 104 especifica que “el propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución”; que “constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas”; y que “deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización.”



dicho factor puede cumplir con la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato.

Ahora bien, además de la necesaria vinculación de las condiciones especiales de ejecución con el objeto del contrato, éstas deben ser compatibles con el derecho de la Unión Europea y, en ningún caso, pueden ser discriminatorias, directa o indirectamente. Por consiguiente, hay que analizar si la exigencia en los contratos públicos de un salario mínimo específico superior al fijado en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación o al salario mínimo interprofesional legalmente establecido, que deberán pagar las empresas contratistas a las personas trabajadoras adscritas a su ejecución, puede ser compatible con aquel derecho.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) analizó la compatibilidad con el derecho de la Unión de condiciones especiales de ejecución relativas al salario que las empresas adjudicatarias de contratos públicos debían pagar a las personas trabajadoras adscritas a estos, en las sentencias de 3 de abril de 2008 (asunto C-346/06, Ruffert & Niedersachsen) y de 17 de noviembre de 2015 (asunto C-115/14, RegioPost & Stadt Landau), en las cuales tuvo en cuenta, para hacer dicho análisis de compatibilidad, el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) y el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (en adelante, Directiva 96/71)⁸.

El artículo 56, primer párrafo, del TFUE –antiguo artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea– prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación⁹. Por su parte, la Directiva 96/71, considerando que la libre prestación de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de las personas trabajadoras, prevé en el artículo 3.1 que los Estados miembros “velarán” por que las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplazan a trabajadores –que incluye el desplazamiento como consecuencia de un contrato– garantizan a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a determinadas materias, entre las cuales figuran, “las cuantías de salario mínimo”, que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén

⁸ Si bien esta Directiva se modificó recientemente por la Directiva 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018 (publicada en el DOUE en fecha de 9 de julio), de acuerdo con el artículo 3, el periodo de adaptación y publicación para los estados miembros se establece, a más tardar, hasta el 30 de julio de 2020.

⁹ La misma Directiva 2014/24/UE dispone en el considerando 1 que la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del TFUE y, en particular, entre otros, “la libre prestación de servicios”, así como los principios que se derivan, tales como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

establecidas por “disposiciones legales, reglamentarias o administrativas”, y/o “por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general”¹⁰.

Así, en la primera de las mencionadas sentencias, de 3 de abril de 2008, el TJUE analiza si es compatible con la Directiva 96/71, interpretada según el artículo 49 CE – actualmente, artículo 56 del TFUE-, una disposición legal de un *land* alemán sobre contratación pública, de conformidad con la cual los contratos de obras sólo se podían adjudicar a las empresas que en la licitación se comprometieran por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios pertinentes, como mínimo, la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de los servicios. Pues bien, el TJUE consideró no admisible la disposición legal controvertida –y, por lo tanto, la condición de ejecución que establecía– sobre la base de que la disposición legal no preveía una cuantía salarial de conformidad con uno de los mecanismos previstos en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71, ya que, ni la misma disposición fijaba una cuantía de salario mínimo al indicar sólo la aplicación de la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación, ni tampoco el convenio colectivo controvertido había sido declarado de aplicación general – sólo resultaba aplicable a los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados, y se extendía a una parte del sector de la construcción.

De esta Sentencia, hay que destacar lo que se establece en los considerandos 32 a 34, 37 y 38, en los cuales el TJUE argumenta como una disposición legal como la controvertida puede constituir una restricción a la libre prestación de servicios no justificada por el objetivo de la protección de las personas trabajadoras. En los primeros considerandos, el TJUE descarta que la cuantía salarial derivada del convenio colectivo controvertido pueda considerarse como una condición de empleo más favorable para las personas trabajadoras adscritas a la ejecución de un contrato en el sentido del artículo 3.7 de la Directiva 96/71¹¹, dado que, según el TJUE, este precepto no permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de empleo que vayan más allá de las “disposiciones imperativas de protección mínima”. Así, señala que el grado de protección que debe garantizarse a las personas trabajadoras desplazadas al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71 que “prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en

¹⁰ En este sentido, la Directiva 2014/24/UE alude en el considerando 37, al hecho de que las medidas pertinentes que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, “se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros”.

¹¹ Este precepto establece que lo dispuesto en los apartados 1 a 6 del artículo 3 de la Directiva 96/71 no impide la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para las personas trabajadoras.



favor de sus trabajadores desplazados a su territorio”, y que, sin embargo, esta afirmación no obsta “la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular, en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable”.

En efecto, en los considerandos 37 y 38 de esta sentencia, el TJUE precisa que una disposición legal mediante la cual se obligue a las empresas adjudicatarias de contratos públicos y, de manera indirecta, a las empresas subcontratistas, a aplicar la retribución mínima prevista en un convenio colectivo no declarado de aplicación general “puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”, de manera que podría resultar restringida la libre prestación de servicios no estando justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores, reiterando en este sentido que el convenio controvertido resultaba de aplicación únicamente a los contratos públicos y no a los privados.

Posteriormente, en la mencionada Sentencia de 17 de noviembre de 2015, el TJUE flexibilizó en cierta medida el criterio mantenido en la Sentencia de 2008, al considerar admisible una condición especial de ejecución relativa a salarios mínimos establecida por una disposición legal exclusivamente para todos los contratos públicos en el ámbito territorial de un determinado *land* alemán. Así, en esta Sentencia el TJUE declaró que el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, relativo a las condiciones de ejecución del contrato, interpretado en relación con la Directiva 96/71, no se oponía a una norma de una entidad regional de un Estado miembro mediante la cual se obligaba a las empresas licitadoras y a sus subcontratistas a comprometerse por escrito a pagar al personal encargado de ejecutar el contrato un salario mínimo fijado por la misma normativa. Según el Tribunal, dicha obligación constituía una condición especial admitida por la Directiva de contratación pública, dado que se refería a la ejecución del contrato, tenía por objeto consideraciones de tipo social, y resultaba transparente y no discriminatoria y, además, era compatible con la Directiva 97/71 en la medida en que la condición de ejecución derivaba de una disposición legal que preveía una cuantía de salario mínimo en el sentido de esta Directiva.

Resultan de especial interés los considerandos 69 y siguientes de esta Sentencia, en los cuales el TJUE afirmó que, si bien una disposición legal como la controvertida podía constituir una restricción a la libre prestación de servicios, eso no obstaba para que se pudiera justificar por el objetivo de protección de las personas trabajadoras, incluso en los casos en que la norma que impusiera el salario mínimo sólo fuera aplicable a los contratos públicos y no a los contratos privados. En este sentido, enfatizó que la cuantía de salario mínimo se fijaba por una “disposición legal” que “como norma imperativa de protección mínima” se aplicaba de modo general a la adjudicación de todo contrato público, con independencia del sector de que se tratara; y que, además, confería una “protección social mínima”, dado que, en el momento de la contratación correspondiente, ninguna norma del Estado miembro relativa al desplazamiento de trabajadores, ni ninguna otra normativa nacional imponían un salario mínimo de nivel inferior en el sector

–tampoco existía un convenio colectivo en el sector que fijara un salario mínimo vinculante.

En virtud de la doctrina establecida por el TJUE en las mencionadas dos sentencias, se puede afirmar que en el establecimiento de condiciones especiales de ejecución que afecten a las condiciones de trabajo y empleo, como las cuantías salariales, de las personas adscritas a la ejecución de un contrato público, hay que tener en cuenta el derecho social europeo, en concreto, la Directiva 96/71, para que su aplicación no constituya una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido que impida, obstaculice o haga menos interesante que empresas establecidas en Estados miembros distintos al estado de la prestación de servicios desplacen a sus trabajadores para la ejecución de un contrato público.

Tal como se ha señalado, el artículo 3.1 de la Directiva 96/71 establece la obligación de los Estados miembros de velar para que las empresas establecidas en otros Estados miembros, que en el marco de un contrato desplazan temporalmente trabajadores en su territorio, garanticen a estos trabajadores las cuantías de salario mínimo, entre otras condiciones de trabajo y empleo, que se establezcan por “disposiciones legales, reglamentarias, o administrativas” y/o “por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general”¹². Pues bien, según el TJUE, este precepto es el que establece el grado de protección cuyo respeto puede exigir un Estado miembro a las empresas establecidas en otro Estado en favor de las personas trabajadoras desplazadas a su territorio para la prestación de servicios, en la medida que supeditar la realización de la prestación al cumplimiento de condiciones de trabajo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima podría restringir la libre prestación de servicios, al suponer una carga económica adicional a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la Directiva 2014/24/UE señala en el considerando 98 que las condiciones de ejecución de un contrato –y también los criterios de adjudicación– relacionadas con los aspectos sociales del proceso de producción “deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre

¹² Esta Directiva se transpuso al derecho interno mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuyo artículo 3 dispone que “los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas, entre otras materias, a la cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4”. En concreto, este artículo 4, relativo a la cuantía del salario de los trabajadores desplazados, prevé que aquellos empresarios deberán garantizar a los trabajadores desplazados la cuantía mínima del salario prevista “en las disposiciones legales o reglamentarias” o en los convenios colectivos a que se refiere el artículo 3.4 [convenios aplicables en el lugar y sector o rama de actividad de que se trate] para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado”.



Comercio en los que la Unión sea parte”; y que, por consiguiente, “los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva”.

En definitiva, la exigencia mediante una condición especial de ejecución de que la empresa adjudicataria de un contrato público retribuya a las personas adscritas a su ejecución un salario por encima de lo que establecen las disposiciones de protección mínima de garantía de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, podría discriminar a las empresas ubicadas en Estados miembros donde el mercado laboral tenga costes muy por debajo de los del estado de prestación del servicio, introduciendo, por lo tanto, un elemento distorsionador de la competencia.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, hay que afirmar que no parece que cumpla con el requisito de ser compatible con el derecho de la Unión Europea una condición especial de ejecución que imponga en la empresa adjudicataria de un contrato público el pago a las personas trabajadoras adscritas al mismo de un salario mínimo específico, cuando este salario no tenga amparo en una disposición normativa de carácter general o en un convenio colectivo declarado de aplicación general, de garantía de las condiciones de trabajo, a los efectos de la Directiva 96/71.

Por lo tanto, se debe responder a la cuestión planteada en el sentido que no es conforme con la normativa de contratación pública, por no cumplir con los requisitos que ésta exige a las condiciones especiales de ejecución, la inclusión en los pliegos de una condición de ejecución que imponga a la empresa contratista el pago, a las personas trabajadoras que se adscriban al contrato, un salario mínimo específico superior al fijado en el Convenio Colectivo sectorial que resulte aplicable a la actividad o, si no hay convenio, al salario mínimo interprofesional fijado legalmente. Para poder exigir a las empresas contratistas un salario mínimo específico, este salario debe estar fijado en una disposición normativa de carácter general o en un convenio colectivo declarado de aplicación general y formar parte del nivel de protección que se debe garantizar a los trabajadores en el sentido de la Directiva 96/71, a efectos de no disuadir la participación en el procedimiento de contratación de empresas de otros Estados miembros y provocar una distorsión de la competencia.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la LCSP ya confiere una protección social mínima a las personas trabajadoras que ejecuten contratos públicos en el sentido que ahora se analiza, tanto en el artículo 122 de la LCSP, ya mencionado, al establecer la obligación de las empresas adjudicatarias de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores de conformidad con el Convenio Colectivo sectorial aplicable, como en el artículo 202, al facultar a los órganos de contratación a exigir a aquellas empresas el cumplimiento de condiciones de trabajo diferentes a las salariales previstas en los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables.

Finalmente, respecto a la cuestión relativa a si la obligación establecida en una condición especial de ejecución también se podría extender a las empresas subcontratistas, hay que señalar únicamente que, justamente, una de las novedades que establece el artículo

202 de la LCSP es la relativa al hecho de que “todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo”.

Finalmente, respecto a la cuestión de si una condición especial de ejecución debe afectar únicamente al personal adscrito a la ejecución del contrato o también al resto de personal de las empresas afectadas, hay que tener en cuenta que uno de los requisitos establecidos en el artículo 202 de la LCSP a las condiciones especiales de ejecución es que sólo pueden afectar a la ejecución del contrato, por consiguiente, únicamente se pueden referir a las personas trabajadoras que las empresas contratistas adscriban a la ejecución del contrato¹³.

III. Por otra parte, la segunda solicitud de petición de informe plantea, en esencia, la posibilidad de un criterio de adjudicación consistente en atribuir una determinada puntuación a las empresas licitadoras que ofrezcan pagar, a las personas que ejecuten el contrato, un salario superior al que establece el convenio colectivo sectorial que resulte aplicable a la prestación contractual.

El artículo 145 de la LCSP, que regula los requisitos y las clases de criterios de adjudicación, establece que la adjudicación de los contratos se debe efectuar utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio; que esta relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos; y que “los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato”, entre los cuales se mencionan las características sociales del contrato que se refieran, entre otros, a las finalidades de “la mejora de las condiciones laborales y salariales”¹⁴.

Así, el artículo 145 de la LCSP prevé expresamente la posibilidad de establecer para evaluar la mejor relación calidad-precio un criterio de adjudicación cualitativo que tenga

¹³ El considerando 104 de la Directiva 2014/24 precisa que el propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución, y que eso incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa.

¹⁴ Hay que destacar que este precepto también menciona como características sociales del contrato las que se refieren a las finalidades de fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.



como finalidad mejorar las condiciones salariales de las personas encargadas de la ejecución del contrato, partiendo de las condiciones salariales previstas en el Convenio Colectivo sectorial de referencia, dado que, como ya se ha señalado, por imperativo del artículo 122 de la LCSP, las empresas adjudicatarias de un contrato público deben cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme con el Convenio Colectivo sectorial aplicable.

Por lo tanto, es la misma LCSP la que permite que mediante los criterios de adjudicación se pueda ir más allá que garantizar el cumplimiento de las condiciones salariales previstas en los convenios colectivos sectoriales que resulten de aplicación a la prestación objeto de un contrato público respecto del personal adscrito al mismo. A diferencia de lo que sucede con las condiciones especiales de ejecución, cuyo régimen jurídico, al ser obligatorias para las empresas contratistas, no admite una mejora salarial como la que se propone, porque se tropieza con los límites del derecho social con europeo, la inclusión de esta mejora como criterio de adjudicación, en principio, al ser voluntaria para las empresas, podría ser conforme con este derecho. En este sentido, hay que recordar que, en la mencionada Sentencia de 3 de abril de 2008, el TJUE señala que, si bien el grado de protección social cuyo respeto “puede exigir” el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de las personas desplazadas a su territorio se limita al previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71, eso no obsta la facultad de las empresas de adherirse voluntariamente en el Estado de acogida a un grado de protección más favorable.

Los tribunales competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratación pública han tenido ocasión de pronunciarse respecto de criterios de adjudicación consistentes en la mejora salarial a la cuantía fijada en el convenio colectivo del sector de referencia. Así, recientemente, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en la Resolución nº 86/2018, de 16 de mayo, consideró no conforme a derecho un criterio de adjudicación que valoraba el incremento de la retribución establecida en el convenio colectivo respecto al personal adscrito al contrato, porque “no constituye ninguna de las cláusulas sociales previstas en el artículo 150.1 del TRLCSP, interpretado conforme a la Directiva 2014/24/UE”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el régimen jurídico aplicable a la contratación objeto del recurso era el configurado por el TRLCSP, y que el mismo Tribunal señaló, como nota a pie de página de la Resolución, que una mejora social como la controvertida “sí que tiene reflejo específico en el artículo 145 de la LCSP; efectivamente, dentro del catálogo de posibles características sociales que pueden configurarse como criterios de adjudicación de los contratos, se hace mención, entre otros, a la mejora de las condiciones laborales y salariales (...) lógicamente siempre que concurren el resto de requisitos”.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en la Resolución nº 33/2018, de 24 de enero, admitió un criterio de adjudicación que también consistía en mejorar la cuantía salarial de los “trabajadores que intervengan de manera directa” en la ejecución del contrato. Según este Tribunal, el criterio controvertido cumplía tanto con el requisito de no ser discriminatorio “porque cualquiera de los licitadores, sin renunciar a la aplicación del convenio colectivo que resulte de aplicación, puede mejorar las condiciones salariales y laborales de los trabajadores adscritos a la ejecución de este contrato”, como con el requisito de la vinculación con el objeto del contrato, dado que



esta vinculación “se manifiesta de manera relevante en los contratos que consumen esencialmente mano de obra”. En este sentido, este Tribunal señaló que de conformidad con el concepto amplio de vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, “no es necesario que las mejoras en la calidad del empleo deban repercutir en la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, basta que se refieran a aspectos “influyentes” del proceso de la prestación para que adquieran la nota de vinculación con su objeto”¹⁵.

De acuerdo con el artículo 145, apartado 5, de la LCSP los criterios de adjudicación deben cumplir, como primer requisito, el de estar vinculados al objeto del contrato. Tal como se ha señalado en la consideración jurídica anterior, el apartado 6 de este precepto adopta un concepto amplio de vinculación con el objeto del contrato, en virtud del cual se admite que el criterio de adjudicación no se refiera a una característica intrínseca de la prestación, sino que puede considerarse que existe dicha vinculación cuando el criterio se refiera a los factores que intervienen en el “proceso específico” de producción, prestación o comercialización de las obras, los suministros o los servicios de que se trate, dentro de los cuales puede considerarse incluido el factor trabajo y, por lo tanto, las condiciones salariales y de empleo de las personas adscritas a la ejecución de un determinado contrato. Así, de conformidad con este concepto amplio de vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, un criterio de adjudicación consistente en la mejora de las condiciones salariales puede estar vinculado a aquellos objetos contractuales en que la mano de obra es un componente esencial, lo que no implica, sin embargo, la posibilidad de una inclusión incondicionada de este criterio.

En este sentido, hay que tener presente que valorar en un contrato la mejora de las condiciones salariales de las personas adscritas a su ejecución, cuando el objeto contractual lo permita al concurrir aquella vinculación, debe obedecer al hecho de que, efectivamente, en caso de materializarse, se pueda conseguir la finalidad social de mejora de la calidad del empleo que lo fundamenta, siendo esencial la adecuada justificación en el expediente de contratación. Así, la posibilidad de su inclusión está condicionada en el hecho de que aquella finalidad social se pueda llegar a conseguir, lo que implica tener que tener en cuenta, entre otras circunstancias concretas del contrato, el sector de la actividad al que, en su caso, repercutirá –puede haber sectores en que aquella finalidad social se podría conseguir incidiendo en materias diferentes al sistema de remuneración y a la cuantía salarial.

Asimismo, hay que ser conscientes de que la efectividad de este criterio de adjudicación –como, de hecho, sucede con todos– depende del hecho de que se pueda controlar su cumplimiento en fase de ejecución del contrato, motivo por el cual antes de su inclusión

¹⁵ Asimismo, este Tribunal precisa que la finalidad de la cláusula no es la regulación de la negociación colectiva, sino que las empresas en la ejecución del contrato apliquen condiciones salariales superiores a las que tienen, lo cual se enmarca en el contenido de un contrato al amparo de lo regulado por la normativa de contratación pública, en base a la pretensión de seleccionar la mejor oferta para el cumplimiento de los fines que se pretenden satisfacer; y que no supone un exceso sobre la función regulatoria que incumbe a los pliegos vinculada exclusivamente a la correcta ejecución del contrato y no proyecta sus efectos sobre la organización general de las empresas licitadoras.

resultará fundamental determinar si se dispondrá de las herramientas y los medios necesarios para realizar este control. En este sentido, hay que tener presente que la mejora salarial será condición de ejecución obligatoria, si la empresa que resulta adjudicataria del contrato ha presentado oferta a este criterio.

De otra manera, la inclusión en los pliegos de un criterio de adjudicación que valore la mejora salarial se debe efectuar con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad. En este sentido, es fundamental que exista una correlación entre el criterio de adjudicación que ahora se analiza y la ponderación que se le atribuya, para respetar los mencionados principios.

En la misma línea de no vulnerar los principios de la contratación pública, hay que tener en cuenta que la fórmula que se prevea para valorar la mejora salarial, además de tener que partir de una magnitud igual y homogénea para todas las empresas licitadoras, determinada por la aplicación del convenio colectivo sectorial aplicable, será necesario que fije un tope porcentual de aumento máximo para el otorgamiento de la máxima puntuación asignada al criterio. También hay que concretar los conceptos salariales cuyo aumento será objeto de valoración en la aplicación del criterio de adjudicación, así como si afectan o no a los complementos salariales.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, hay que responder a la cuestión planteada en el sentido que el artículo 145 de la LCSP reconoce expresamente la posibilidad de incluir un criterio de adjudicación que tenga como finalidad mejorar las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución de un contrato público, el cual puede estar vinculado a aquellos objetos contractuales en los que la mano de obra es un componente esencial. Sin embargo, hay que tener en cuenta que su inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares requiere justificar adecuadamente que obedece a conseguir la finalidad social de mejora de la calidad del empleo que lo fundamenta, el cual debe ser factible. Además, en ningún caso su inclusión puede suponer que se vulneren los principios rectores de la contratación pública, motivo por el cual hay que analizar minuciosamente, no sólo la idoneidad de su inclusión, sino también la forma de inclusión.

Sobre la base de las consideraciones anteriores la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

I. En el establecimiento de condiciones especiales de ejecución que afecten a las cuantías salariales de las personas adscritas a la ejecución de un contrato público, hay que tener en cuenta la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, para que su aplicación no restrinja la libre prestación de servicios. Así, aunque se pueda exigir a las empresas contratistas el pago, a las personas que adscriban al contrato, de un salario mínimo específico, este salario debe estar fijado en una disposición normativa de carácter general o en un convenio colectivo declarado de aplicación general y formar parte del nivel de protección que se debe garantizar a los trabajadores, a efectos de no

discriminar a las empresas ubicadas en Estados miembros diferentes al Estado de la prestación de servicios y, de esta manera, distorsionar la competencia.

Por lo tanto, no es conforme con la normativa en materia de contratación pública la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una condición especial de ejecución que obligue a la empresa contratista en el pago de un salario mínimo específico a las personas adscritas al contrato, superior al fijado en el convenio colectivo sectorial que resulte aplicable a la actividad o, si no hay Convenio Colectivo sectorial, al salario mínimo interprofesional fijado legalmente.

II. El artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, prevé expresamente la posibilidad de establecer, para evaluar la mejor relación calidad-precio, un criterio de adjudicación cualitativo que tenga como finalidad mejorar las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución de un contrato, en referencia a las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo sectorial aplicable.

Si bien un criterio de adjudicación que valore las mejoras salariales puede estar vinculado a los objetos contractuales en los que la mano de obra es un componente esencial, su inclusión requiere justificar adecuadamente que obedece a conseguir la finalidad social de mejora de la calidad del empleo que lo fundamenta, de manera que hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias concretas del contrato, el sector de la actividad en el que repercutirá. Además, en ningún caso el establecimiento de este criterio puede suponer vulnerar los principios rectores de la contratación pública, motivo por el cual se debe analizar detalladamente, tanto la idoneidad de su inclusión, como también la forma en que se incluye en los pliegos.

Barcelona, 16 de noviembre de 2018