

LA DOCTRINA SOCIAL DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS ANTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

FRANCISCO BLANCO LÓPEZ

SUMARIO: I LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN LA DIRECTIVA 24/2014.– II LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE.– III CONSIDERACIONES LABORALES SOBRE LAS PERSONAS QUE EJECUTARÁN EL CONTRATO PÚBLICO: 1. Definición interna del presupuesto base de licitación. 2 Selección de la mejor oferta. 3. Condiciones de ejecución del contrato.– IV. DOCTRINA SOCIAL DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS: 1. Doctrina general. 2. La doctrina de los tribunales en materia de adecuación del presupuesto base de licitación a los costes laborales. 3. La doctrina de los tribunales en materia de vinculación de la contratación pública con los convenios laborales. 4. La doctrina de los tribunales en materia de consideraciones relativas a la estabilidad laboral. 5. La doctrina de los tribunales en materia de criterio de adjudicación de oferta de contratación de personas en paro o situación de exclusión social. 6. La doctrina de los tribunales en materia de criterios de adjudicación sobre mejora de las retribuciones salariales de las personas que ejecutan el contrato público. 7. La doctrina de los tribunales en materia de cláusulas sociales como condiciones de ejecución.– V CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Esta colaboración analiza la necesidad de una nueva doctrina de los tribunales administrativos de recursos ante la nueva ley 9/2017 de contratos públicos que impulsa la compra pública sostenible y la selección de la empresa contratista que acredite responsabilidad social.

Palabras clave: Tribunales administrativos de recursos y contratación pública estratégica; criterios sociales.

Abstract: This collaboration analyzes the need for a new doctrine of the administrative appeals tribunals before the new law 9/2017 of public contracts that promotes the sustainable public purchase and the selection of the contractor company with measures of social responsibility.

Key words: Tribunales administrativos de recursos y contratación pública estratégica; criterios sociales.

I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN LA DIRECTIVA 24/2014

La directiva 24/2014 de contratación pública es una herramienta instrumental en la consecución y funcionamiento del mercado único europeo. Así lo afirma el propio considerando 1 al recordar que cualquier contrato público en un Estado miembro, sea cual fuere su valor económico, debe respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

La existencia y razón de ser del mercado único europeo debe contextualizarse en el marco del sistema económico mundial a partir de la segunda guerra mundial que ha visto la consolidación de los Estados Unidos y, posteriormente, de China como dos centros mundiales de poder económico que establecen condiciones dominantes en las relaciones económicas de producción y distribución. El mercado europeo intenta denodadamente destacar signos de diferenciación que le permitan encontrar un espacio comercial propio y en ese significado deben destacarse determinadas orientaciones internas como, ya a punto de agotar su espacio temporal de regulación, la «Comunicación de la Comisión «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Aprobada tras la crisis sufrida a partir de 2008 en el sistema económico y financiero occidental, en la Comunicación se llama a reimpulsar el Mercado Único como un sistema de economía inteligente, sostenible e integradora con altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social.

Esta orientación general se materializa en la actividad de la contratación pública en el artículo 18.2 (1) y anexo X de la directiva 24/2014 de contratación pública que exigen a los operadores económicos el cumplimiento del ordenamiento vigente, nacional e internacional, en materia social. El artículo 57.4.a) de la directiva declara que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 18.2 es causa de exclusión de un licitador. El artículo 69.3 determina que una oferta anormalmente baja podrá ser rechazada si incumple lo establecido en este artículo 18.2.

(1) El apartado 2 del artículo 18 reza así: «Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X». Efectivamente, dicho anexo X detalla diferentes convenios de la Organización Internacional del Trabajo reguladores de actividades laborales y sociales. Los considerandos 37 a 40 de la directiva 24/2014 explicitan con mayor detalle el objetivo del artículo 18.2 y hacen mención expresa al cumplimiento de los convenios laborales de aplicación en el lugar de ejecución del contrato público (considerando 39).

A partir de ese mínimo de exigencia de cumplimiento de la normativa internacional y nacional en materia social, la directiva 24/2014 habilita la incorporación de otras consideraciones sociales en todo el ciclo contractual: se potencia la contratación reservada a empresas sociales ampliando sus posibilidades en el campo de determinados servicios sanitarios, sociales y culturales (artículo 77), se prevén las etiquetas sociales (artículo 43.1), se admiten los criterios sociales de selección de la mejor oferta (artículo 67.2.a), se establece la posibilidad de configurar la óptica de la mejor relación calidad-precio a partir del cálculo del coste de ciclo de vida que incluye el impacto social, ambiental y de innovación (artículo 67.2), se consideran las condiciones sociales de ejecución del contrato (artículo 70) (2).

Se materializa así la «contratación estratégica» así denominada en el considerando 123 de la directiva 24/2014 de contratación pública.

Desde el punto de vista de la normativa comunitaria, la directiva 24/2014 de contratación pública debe ser entendida como una norma de armonización de ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que tienen ordenamientos, culturas y planteamientos jurídicos propios y dispares entre sí, de forma que el espacio regulatorio de la directiva, a partir del principio de subsidiariedad (protocolo nº 2 TFUE), se fija en una regulación de mínimos estableciendo unos objetivos básicos cuya consecución cada ordenamiento jurídico estatal deberá garantizar en su propia y específica regulación atendiendo el conjunto de su ordenamiento jurídico propio. Esa prudencia en la regulación material de las consideraciones sociales, ambientales y de innovación que se denota en la directiva se deriva también de la heterogeneidad de los diferentes mercados lo que se refiere en el considerando 95 de la directiva con estas palabras: «Sin embargo, ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio».

(2) La necesidad de incorporar consideraciones sociales en la contratación pública europea ya se destacaba en las Comunicaciones de la Comisión Europea de 22 de setiembre de 1989, COM 89 (400) final, «Contratación pública: aspectos regionales y sociales» y en la «Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos», de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, en que se afirmaba: «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». Es un proceso que amplía lentamente, muy lentamente, la «conciencia social» en la compra pública de forma que las regulaciones legales se quedan retrasadas ante la propia realidad social en momento de fuerte crisis de la cohesión social europea, especialmente en la Europa del sur.

En ese planteamiento, las regulaciones expresas comunitarias se concentran en establecer que para ser contratista y, por tanto, para licitar, el operador económico debe cumplir la normativa laboral establecida en las normas internacionales (que menciona en el anexo IV), nacionales y los convenios laborales del lugar de ejecución del contrato. Ello no obsta que la directiva (considerando 37) deje claro que ese obligado cumplimiento de las normas legales y convencionales, «...no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores».

La contratación pública estratégica, las consideraciones sociales, no pueden afectar negativamente al mercado único y a la competencia (3). Los principios de libre circulación de capitales, servicios y de personas garantizan la prevalencia de los intereses económicos de las grandes empresas transnacionales europeas que necesitan un mercado europeo y también en el ámbito de la contratación pública europea. Los datos de participación de empresas provenientes de un Estado miembro en las licitaciones públicas de otro Estado miembro son ridículos por insignificantes y no justifican la severidad de la interpretación del principio de competencia que llevan a cabo el TJUE y todo el aparato judicial de los diferentes Estados que hacen extensivas a cualquier contrato público, sea cual fuere su valor económico, un principio de la competencia que invocando un principio de igualdad de trato en realidad cierra posibilidades comerciales a las pequeñas y medianas empresas, empresas sociales, artesanos y profesionales (4).

(3) El principio comunitario de competencia lleva a la Resolución del TACRC nº 391/2016, de 20 de mayo, a negar la viabilidad de un criterio de adjudicación que otorgaba hasta un 1% de la puntuación total a la licitadora que ofreciera mayor porcentaje de horas de trabajo en territorio español, criterio «Fabricación en España», en contrato de suministro y mantenimiento integral de trenes de alta velocidad. El tribunal descalifica la consideración de este criterio como «cláusula social» porque no se refiere a ningún colectivo de personas discapacitadas o no se evidencia su significación social.

(4) Estos principios configuradores del mercado único no pueden considerarse de derecho natural inmanente. Tienen su razón de ser en una concepción económica determinada que la gran empresa europea ha impuesto desde la primera Comunidad Económica del Carbón y del Acero de 1.951, favoreciendo las condiciones para contar con un mercado que supere las fronteras estatales sin aduanas ni limitaciones para su mejor desarrollo y beneficio. El principio de competencia ha habilitado que las directivas de contratación pública no se hayan abierto (incluyendo las de 2014) más que a la reserva de contratos públicos en favor de empresas sociales quebrando, solo en este caso, el principio de igualdad de trato. Sin embargo, está por concebir un mercado único europeo y una contratación pública europea que permitan una discriminación positiva a favor de las pequeñas y medianas empresas y los proveedores locales que aseguran el tejido productivo y el empleo de un territorio determinado. Estados Unidos practica un concepto de compra pública que reserva compras públicas Federales a la pequeña y mediana empresa, empresas que sean propiedad de mujeres, etc. <https://es.sba.gov/categoria/estructura-de-navegacion/contratacion>.

II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE

La ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) ha establecido que en el objeto del contrato público, además del propio aprovisionamiento de obras, bienes o servicios, debe incluirse la consecución de objetivos sociales, ambientales y de innovación vinculados o relacionados con su objeto, recepcionando el concepto de contratación pública estratégica.

El apartado V de la Exposición de motivos destaca las principales novedades de la ley y, entre otras, se refiere a que se incorporan en los contratos públicos criterios sociales, ambientales y de innovación y de desarrollo. Se precisa que se podrán incluir como criterios de adjudicación de carácter cualitativo para evaluar la mejor relación calidad-precio o como condiciones especiales de ejecución, siempre relacionadas con el objeto del contrato.

El trascendental apartado 3 (5) del artículo 1 LCSP («Objeto y finalidad»), que no tiene precedente en ninguna norma anterior desde 1995, proclama:

«En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de 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. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

Así, la ley pretende la aplicación general en la contratación pública de políticas públicas de sostenibilidad (6) («En toda contratación pública» y la

(5) La redacción de este nuevo apartado tiene origen en las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios de Esquerra Republicana (número 205), del Partido Socialista Obrero Español (número 437), del Grupo Parlamentario Mixto-Sr. Francesc Homs (número 819) y Vasco/EAJ-PNV (número 1.041). Con finalidad parecida, pero con otra redacción, la enmienda 21 del grupo confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Esta redacción fue propuesta y trasladada a los grupos parlamentarios por la organización «REAS – Red de Redes de Economía Alternativa y Solidaria» en documento de noviembre de 2016 de propuesta de enmiendas al proyecto LCSP. https://www.economiasolidaria.org/sites/default/files/propuestas_ley_contratos_ReasRdR.pdf.

(6) La referencia a las consideraciones sociales, ambientales y de innovación la vamos a concentrar con la expresión «contratación pública sostenible» siguiendo la Resolución adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en reunión de su plenario celebrado los días 25 al 27 de setiembre de 2015, titulada «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», que en su objetivo 12, «Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles», contiene la medida 7 referida a «Promover prácticas de contratación pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales». El decreto de la Alcaldía, S1/D/2017-1271, de 24 de abril, de contratación pública sostenible del Ayuntamiento de Barcelona, se inicia con referencia a esta Resolución: <http://>

forma verbal imperativa «...se incorporarán...»). Esta directriz legal se vincula a la eficacia («...proporciona una mejor relación calidad-precio...») y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, lo que supone un cambio en la orientación dominante que ha sostenido que la reducción del precio del contrato era la manifestación de una óptima gestión del Presupuesto público y objetivo preferente en la compra pública. El apartado 2 del artículo 28, «Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación», repite innecesariamente las mismas consideraciones que el artículo 1.3 que comprometen a todos los órganos de contratación del sector público.

A partir de ese mandato, la LCSP disemina en todas las regulaciones del ciclo contractual las consideraciones de compra pública sostenible (7) concretando en su articulado medidas concretas lo que nunca se había realizado desde la primera ley de contratos de las administraciones públicas de 1995.

Las consideraciones sociales y, en general, las referidas a la contratación pública sostenible, deben tener relación o vinculación con el objeto del contrato. Así se exige en el apartado 3 del artículo 1 y se reitera en numerosos preceptos. Según establece el artículo 145.6, esa vinculación se cumple si la consideración de compra pública sostenible conecta con cualquier aspecto, material o no, del ciclo de vida de la obra, suministro o servicio. El ciclo de vida abarca (artículo 48) todos los aspectos del proceso de creación, comercialización, destrucción, reciclaje, impacto ecológico o ambiental o impacto social del producto o actividad.

La exigencia que las consideraciones de sostenibilidad tengan una vinculación con el objeto del contrato público tienen como perímetro excluyente el supuesto de que se traten de condiciones ajenas al ciclo de vida de la obra, servicio o suministro.

La ley 9/2017 ha recepcionado los objetivos de la directiva 24/2014 y, tras la estela abierta por la directiva, la ley ha establecido criterios de actuación no citados expresamente en la misma. La contratación pública española debe respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

ajuntament.barcelona.cat/contractaciopublica/sites/default/files/decret_dalcaldia_s1d2017-1271_de_24_dabril_de_contractacio_0.pdf.

La «Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos», de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, ya utilizaba el término de contratación pública sostenible.

(7) De acuerdo con el artículo 319, la ejecución de los contratos adjudicados por poderes adjudicadores que no sean considerados Administración pública, se rige por el derecho privado, pero la empresa contratista debe aplicar las regulaciones del artículo 201 que le obligan al cumplimiento de las obligaciones legales o convencionales en materia medioambiental, social o laboral y las regulaciones del artículo 202 en materia de condiciones especiales de ejecución del contrato.

Ciertamente, la ley española ha previsto consideraciones sociales que no están citadas expresamente en la directiva: la incorporación de los costes salariales en la determinación del presupuesto base y también del precio ofertado; la inclusión de criterios sociales de selección de la mejor oferta con mención expresa de la estabilidad en el empleo, la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato, el fomento de la contratación femenina, la mejora de las condiciones laborales y salariales; condiciones especiales de ejecución como la mayor participación de la mujer en el mercado laboral, medidas para combatir el paro...

A mi juicio es acertada la regulación de la LCSP. Es la reacción legislativa a una situación de enorme crisis social en nuestro país como efecto de la devastadora crisis financiera internacional. Los poderes públicos tienen el reto de impulsar políticas y acciones para proteger los sectores sociales que han sufrido mayor impacto negativo desde 2.008 como efecto de la disolución de miles de empresas y la reducción del Estado social y, entre ellas, se encuentran la protección de los trabajadores que han visto precarizar sus condiciones de trabajo con salarios que no les permiten cubrir sus gastos personales y familiares ni afrontar proyectos de vida y con contratos laborales ilegales de carácter interino y temporal aunque desarrollan en las empresas que los contratan trabajos estables con carácter permanente.

Las Administraciones locales son las que más directamente atienden a las personas en situación de exclusión social o peligro de estarlo y ello las sensibiliza especialmente viéndose comprometidas a aplicar medidas paliativas y de protección social e impulsar modelos de vida ciudadana que puedan ofrecer espacios de convivencia alternativos al generado por el sistema económico que tiene el dinero, el beneficio y el poder como criterios de relación personal y vital.

Ciertamente, el municipalismo español ha impulsado con energía, perseverancia y decisión una orientación de su compra pública que colabore, junto con otras medidas, a disminuir el número de parados, insertar en la ocupación laboral a personas en situación de exclusión social, mejorar las condiciones laborales y salariales de las personas que ejecutan las contrataciones así como la de las personas empleadas por las empresas subcontratistas, favorecer la igualdad entre el hombre y la mujer también la salarial, etc. El movimiento no ha sido coordinado de forma que en los últimos años centenares de Ayuntamientos han aprobado con contenidos similares guías, instrucciones, decretos u ordenanzas impulsando la contratación pública sostenible, la contratación social, etc. Multitud de jornadas, seminarios, talleres han acompañado este proceso en toda la geografía española. Las entidades sociales han animado y acompañado este proceso con propuestas específicas.

Este marco atomizado de actuación debería ser superado a partir de las actividades del Comité de Cooperación en materia de contratación pública y

de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación previstos, respectivamente, en los artículos 329 y 332 de la ley 9/2017. La Estrategia Nacional de Contratación Pública que se prevé en el artículo 334, se diseñará para establecer, entre otras medidas las de utilizar las posibilidades de la contratación pública sostenible [apartado 2, letra e]] (8).

Así, las Administraciones locales han sido las más activas en aplicar realmente en las licitaciones públicas criterios sociales con el propósito que las empresas seleccionadas garanticen las mejores condiciones salariales y laborales de las personas que han de ejecutar las contrataciones. Entre tantos ejemplos que se podrían mencionar en todo el territorio español, cito el decreto de 19 de enero de 2016 que aprueba la Instrucción nº 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid (modificado por Decreto de 20 de mayo de 2016) y el decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Barcelona de 24 de abril de 2017 de contratación pública sostenible.

Algunas contrataciones públicas, especialmente de servicios, emplean gran cantidad de mano de obra. Las Administraciones públicas en su calidad de empleadoras de «segundo nivel» reciben críticas por las condiciones salariales y laborales leoninas en que están empleadas las personas que ejecutan el contrato público lo que desemboca, en no pocas ocasiones, en la interrupción del contrato por huelgas o protestas o la pérdida de la calidad pretendida. La situación debe considerarse en el marco laboral general en que numerosas empresas se descuelgan de los convenios sectoriales fijando salarios propios mucho más bajos que los establecidos en los convenios sectoriales lo que les permite licitar en los contratos públicos con ofertas de precio bajo que constituyen un auténtico dumping social.

III. CONSIDERACIONES LABORALES SOBRE LAS PERSONAS QUE EJECUTARÁN EL CONTRATO PÚBLICO

1. Definición interna del presupuesto base de licitación

Siguiendo la división clásica del ciclo contractual, en la fase de la definición interna del expediente de contratación, el artículo 100, «Presupuesto

(8) No albergo esperanzas en las actuaciones inmediatas de estos órganos por su fuerte vinculación con la dirección política de la Administración pública estatal. La inestabilidad política que afecta tanto al gobierno de España como a la relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas no es la mejor situación para impulsar a medio plazo la colaboración interadministrativa. La primera medida para ocupar poder político ha sido la adoptada por el gobierno del PSOE nombrando, por libre designación, mediante Resolución de 10 de julio de 2018, publicada en BOE del 12 de julio, a la presidenta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión, nombramiento que ha recaído en la presidenta del Tribunal de recursos de Andalucía.

base de licitación», establece que éste deberá desglosarse indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y que los costes salariales de las personas empleadas para la ejecución del contrato deberán indicarse de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional a partir del convenio laboral de referencia (9).

No hay un antecedente de esta obligación legal desde la primera ley de contratos de 1995 más allá del requisito clásico del desglose del coste del precio de las unidades de obra que debe contener el proyecto técnico de la obra y el cómputo de costos directos e indirectos» (10). En el derogado texto refundido de la LCSP, aprobado por Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), el art. 87.1 llamaba a que el órgano de contratación calculara el presupuesto según los costes de mercado pero no se exigía el desglose expreso de costes, incluyendo los salariales cuando los hubiere. En la práctica se ha considerado el precepto del TRLCSP como una orientación que no requería justificación en el expediente al menos en los contratos de menor envergadura que podríamos situar en los no sujetos a regulación armonizada y los costes salariales no siempre eran desglosados.

La estricta aplicación del nuevo artículo 100, que tiene carácter básico para todo el sector público, obliga al órgano de contratación para licitar un contrato a conocer el convenio laborales que considera de aplicación o que utiliza como de referencia para sus cálculos y verificar sus previsiones salariales para las diferentes categorías profesionales.

El nuevo requisito del artículo 100 ha creado inquietud en el conjunto de las Administraciones Públicas (11): unas, por su escasa o nula dotación de

(9) La redacción del precepto trae causa de la enmienda nº 88 presentada por el grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. La justificación se expresa en estos términos: «El correcto cálculo del presupuesto base de licitación y su desglose y expresión en el pliego de cláusulas administrativas es el primer paso para asegurar que el mercado provisor formulará precios que contemplen los costos salariales sin presionar a la baja de los mismos con infracción de los convenios sectoriales. La modificación es una expresión de la contratación pública socialmente responsable y garantía de ofertas sostenibles con freno a la temeridad y a la determinación de un precio de mercado que contemple los derechos salariales de las personas que ejecutan el trabajo».

(10) Artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

(11) En nota de 17 de agosto de 2018 publicada en la página en internet de la Federación Española de Municipios y Provincias se dice: «El Presidente de la FEMP ha informado que en el transcurso de la CNAL se ha logrado el compromiso de la Ministra de Política Territorial, Meritxell Batet, de someter a estudio la Ley de Contratos, por las «inmensas dificultades» que está produciendo su aplicación en pequeños y medianos Ayuntamientos. Caballero señaló que la situación es «límite» para muchos de ellos en estos momentos, por los problemas que se generan en la tramitación de sus expedientes y de sus inversiones con la nueva Ley de Contratos, «que es un buena Ley pero que requiere de un proceso de adaptación».

personal técnico para llevar a cabo esos cálculos; otras, por su falta de datos previos en los contratos recurrentes licitados anteriormente sin esos datos y, en fin, la ausencia de criterios concretos para abordar esta novedosa actuación. La entrada en vigor de la LCSP ha desconcertado a las Administraciones Públicas que han visto que la ley les planteaba una nueva forma de contratar sin contar quizás con la orientación suficiente para llevarlo a cabo (12).

Creo que se ha regulado de forma excesivamente universal, incondicionada, la exigencia de determinación del presupuesto base de licitación indicando necesariamente el desglose del cálculo en costes directos e indirectos y con detalle de la imputación de los costes salariales. La intención es buena ya que se pretende que el cálculo del presupuesto base de licitación sea una primera aproximación al precio de mercado, al coste real de la ejecución contractual. Se llama la atención a todos los órganos de contratación para que entiendan que el presupuesto base de licitación no es una cuantía económica que se fije sin especial rigor ni cálculo previo actualizados al momento que se licita. No cabe licitar estimando un presupuesto expresamente «holgado», sin mayor justificación, a la espera que sea el mercado el que en concurrencia competitiva establezca el precio justo (13). La nueva ley de contratos cierra este enfoque y reclama que el presupuesto base de licitación se fije con un análisis riguroso de costes y se haga público en el proceso de licitación para que las empresas interesadas comprueben los cálculos del órgano de contratación y se remitan a esos cálculos para fijar su oferta que queda acotada ya inicialmente en un escenario que, en términos generales, no podrá ser anormalmente mucho más bajo que el presupuesto base.

Ciertamente, si el cálculo del presupuesto de licitación ya es ajustado al precio de mercado, puede derivarse que toda rebaja excesiva del mismo tensiona peligrosamente la realidad de los costes de ejecución ya previamente calculados por la Administración contratante. La ponderación del criterio de

(12) El o los reglamentos de desarrollo de la ley de contratos públicos se deberían aprobar y publicar inmediatamente después de la fecha de publicación de la ley, con una *vacatio legis* muy breve. Además, se deberían facilitar otros criterios de actuación complementarios, elaborados participadamente por el conjunto de las Administraciones públicas, mediante instrucciones, circulares y guías explicativas. Ello permitiría superar muchas dificultades de aplicación de la norma legal debidas, con frecuencia, a la «aversión al cambio», propia de organizaciones, como son las Administraciones Públicas, que encuentran confort en los procedimientos asimilados y practicados de la misma forma durante tiempo.

(13) Si el presupuesto base de licitación se cuantifica al alza sin correspondencia con un precio aproximado al de mercado, el precio contractual definitivo, obtenido después de la licitación, supone en ocasiones una rebaja porcentual extraordinaria. Ese sobredimensionamiento del presupuesto base y la situación de crisis económica que propicia ofertas anormalmente bajas generan a veces imágenes distorsionadas del mercado, de las rebajas de precios y de sus causas. Como se comprenderá, en este escenario, es difícil practicar un análisis estadístico de los datos de las licitaciones que tenga un cierto valor.

adjudicación del precio no tendrá sentido que sea elevada porque el presupuesto máximo ya es un cálculo ajustado y justificado de los costes de ejecución y sería un contrasentido incitar mediante una puntuación alta que los costos sean reducidos significativamente seguramente en detrimento de la calidad de la prestación y de las consideraciones de compra pública sostenible y, especialmente, de las condiciones salariales y laborales (14). Los criterios de anormalidad de ofertas que se fijen en los pliegos deberán tener en cuenta unos márgenes cortos de separación del presupuesto base.

Sin embargo, como he afirmado anteriormente, el requerimiento indiscriminado de que el presupuesto de licitación en todo tipo de contrato público se fije con una desagregación de costes no es acertado porque obliga al órgano de contratación a una precisión que en algunos contratos no le es posible efectuar. La desagregación de los costes de ejecución ya debe efectuarse por concreta prescripción legal en las concesiones (art. 248.2 y 285.2) y en los contratos de obras (art. 233.d). En los contratos de suministro, el proceso de fabricación de los bienes integra una serie de costes parciales de gran diversidad, desde la adquisición de las materias primas, costos de transformación, comercialización y costes indirectos que son de muy difícil o imposible determinación por la Administración contratante, atendiendo además que la fabricación puede haberse efectuado en cualquier país del mundo.

Seguramente, el requerimiento del artículo 100 de desagregación de costes se debería haber exigido exclusivamente en los contratos de servicios en los que, en términos generales, la Administración retribuye una actividad que la empresa realiza especialmente para la Administración y esta obligación se hubiera debido excepcionar en los contratos de suministro, más allá del desglose de costos que exige el art. 298 en supuesto de arrendamiento.

Alternativamente a todo lo manifestado una regulación complementaria hubiera podido ser que, cuando el órgano de contratación invocara la imposibilidad de realizar el desglose del presupuesto, se justificara en el expediente dicha dificultad o imposibilidad lo que obligaría a un control jurídico de la suficiente motivación.

La imputación de los costos salariales con especificación de las personas intervinientes en su ejecución, precisando su número y las categorías profesionales y el convenio de referencia, no es una tarea fácil para la Administración contratante. Esta obligación debiera haberse establecido en los contratos de servicios incluyendo los que no tengan obligación de subrogación del personal y siempre que tengan un valor superior a 100.000 euros (cuantía fijada en art. 159.1.a) como límite para la utilización del procedimiento abierto simplificado)

(14) En coherencia con ese planteamiento, el artículo 145.4 reclama que los criterios de adjudicación han de permitir la obtención de obras, servicios o suministros de «gran calidad».

y cuando los costes salariales representen una proporción superior a la tercera parte del presupuesto base.

Finalmente, la precisión que los costes laborales se especifiquen con desagregación de género no parece, en general, viable en la fase del ciclo contractual en la que el sector público fija el presupuesto máximo o base de licitación puesto que no se conocen aún, concretamente, las personas que han de ejecutar el contrato.

Sin embargo, es el precio ofertado por las empresas licitadoras el que debería tener siempre, en todo caso, un desglose de costes que justifique el precio final ofertado, incluyendo los costes salariales si existen y con desagregación de género y especificando las retribuciones por categorías profesionales. Sin embargo, la LCSP no lo ha establecido de forma clara y obligatoria excepto para el supuesto de justificación por el licitador de una oferta calificada como anormalmente baja (art. 149.4). Podría entenderse que el art. 102, «Precio», de forma indirecta y parcial (sólo en los servicios en que el coste económico principal sean los costes laborales), exige que en las ofertas se desglosen los salarios imputados, atendiendo que el apartado 3 reclama que deben considerarse en el precio (hay que entender, por tanto, en la oferta) los términos económicos de los convenios sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

Cabe destacar, que los criterios legales que estamos destacando para el cálculo del presupuesto base de licitación y los exigidos para el cálculo del valor estimado no son homogéneos. El artículo 101, «Valor estimado» establece que éste se fija teniendo en cuenta los costes «laborales» derivados del convenio «sectorial» de aplicación solo en los contratos de servicios y de concesión de servicios y solo «en los que sea relevante la mano de obra». Es manifiesto el diferente enfoque con respecto a lo que exige el artículo 100 para el presupuesto base de licitación, lo que evidencia las asistemáticas, lamentablemente recurrentes, que como sedimento han quedado después de la precipitada elaboración de la LCSP (15).

(15) Se ha destacado que el texto de la ley 9/2017 es el resultado de un enorme trabajo y debate en Comisión parlamentaria (Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas) ya que el proyecto presentado por el gobierno del Partido Popular (PP) fue objeto de 1.180 enmiendas. Ese proceso se ha realizado con premura urgido por el gobierno preocupado en presentar resultados ante la opinión pública y amenazado por las autoridades Comunitarias por tardía transposición de las directivas comunitarias de 2014. La tramitación parlamentaria se realizó mediante procedimiento de urgencia y el plazo de enmiendas que inicialmente se otorgó tras la publicación del proyecto, el día 2 de diciembre de 2016 en el Diario del Congreso de los Diputados, fue de 8 días hábiles, hasta el 14 de diciembre de 2016. Dicho plazo fue prorrogándose hasta el día 3 de marzo de 2017. Después de las negociaciones y transacciones efectuadas por los representantes de los grupos parlamentarios, los letrados de las Cortes no realizaron (en el ejercicio de la función de asesoramiento jurídico que les

2. Selección de la mejor oferta

En la fase del ciclo contractual correspondiente a la selección de la mejor oferta, la LCSP también realiza regulaciones que animan a la introducción de consideraciones sociales. El artículo 145.2.1.º considera que las características sociales del contrato pueden constituir criterios cualitativos para la selección de la mejor oferta y, concretamente, cita, entre otros, los siguientes:

- la mejora de las condiciones laborales y salariales
- el fomento de la contratación femenina (16)
- la estabilidad en el empleo
- la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato

Estos ejemplos de criterios de selección de la mejor oferta a partir de características sociales (también ambientales que no abordo en esta colaboración) se pueden leer en dos extensos párrafos del artículo 145.2.1.º que no figuraban en el proyecto presentado por el gobierno del PP (17). Son aportados

corresponde, de acuerdo con el artículo 45 del Reglamento del Congreso de los Diputados) un trabajo final, de carácter técnico-jurídico, suficientemente «reposado», de depuración de incoherencias o errores en las regulaciones concretas del conjunto del articulado. Esta función técnica respeta los acuerdos políticos adoptados por los grupos parlamentarios y elimina o reduce las contradicciones que se generan en la redacción de los artículos tras el proceso de admisión, rechazo y/o transacción de enmiendas. Efectivamente, esta ausencia de un detenido trabajo final de visión de conjunto del articulado ha dejado en la ley abundantes contradicciones internas.

(16) El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en acuerdo 45/2016, de 8 de agosto, anula un criterio de adjudicación que valora con el 25% de la puntuación total la «presencia de mujeres en el equipo técnico que van a desarrollar los trabajos». El tribunal dirá: «... el objeto del contrato es la asistencia técnica para la gestión de los huertos ecológicos en Sarriguren, tal y como figura en el acuerdo de aprobación del expediente y en el anuncio de licitación, aunque en su reclamación la entidad local alegue que el objeto del contrato es para la gestión de los huertos ecológicos urbanos con criterios sociales y así figure en el título del pliego. Así mismo, debe señalarse que no se justifica en el expediente que la contratación de mujeres para la prestación del servicio suponga una mejora en la prestación del servicio, ni su incidencia en el objeto del contrato, cuando es un criterio que supone 25 puntos sobre un total de 100. El hecho de que se alegue que dicho criterio se debe a la infrarrepresentación de mujeres en el sector en el que se encuadra el contrato es de 0,47, no justifica el establecimiento de un criterio de adjudicación que no está relacionado con el objeto del contrato y que no comporta una ventaja, directa o indirecta, en la prestación del servicio».

(17) Para la fase de selección de la mejor oferta, el PP concentró los ejemplos de consideraciones sociales como criterios de desempate de ofertas que quedarán con igual puntuación tras haber efectuado la aplicación de los criterios de adjudicación, en la línea de lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) había considerado «criterio adicional» en sentencia de 21 de setiembre de 1988, asunto 31/87, sentencia de Gebroeders Beentjes y de 26 de setiembre de 2000, asunto C-225/98, Comisión contra República Francesa.

en enmiendas de diferentes grupos parlamentarios que, a su vez, se han hecho eco de las peticiones del Tercer sector. Ciertamente, el artículo 145 relativo a los criterios de adjudicación del contrato es el que más atención reclamó por parte de los grupos parlamentarios siendo el artículo del proyecto de ley que tuvo mayor número de enmiendas, exactamente 52. El único grupo que no planteó ninguna enmienda fue el del Partido Popular.

Los criterios de adjudicación de carácter social referidos a la mejora de las condiciones laborales y salariales y a la contratación de un mayor número de personas, se proponen a los grupos parlamentarios en el documento de REAS mencionado en la nota nº 3. La mejora de las condiciones laborales y salariales es propuesta como criterio social de adjudicación de los contratos públicos en enmienda 118 del grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea; enmienda 261 del grupo Esquerra Republicana; enmienda 366 del grupo Ciudadanos y enmienda 1.066 del grupo Vasco (EAJ-PNV) (18). El fomento de la contratación femenina y la estabilidad en el empleo se citan como ejemplos de criterios de adjudicación de tipo social, exclusivamente en la enmienda 118 del grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem— En Marea. La contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato se propone en las enmiendas 118, 261, 366 y 1.066 antes referidas.

La propuesta concreta de criterios de adjudicación de carácter social ha permitido descender de las ideas abstractas, de los principios jurídicos, a las medidas concretas.

Considero un acierto la configuración en el artículo 145 de las mejoras salariales y laborales como criterio de adjudicación lo que significa que tienen carácter voluntario para las empresas licitadoras, que podrán atenderlo o no y, si la puntuación que merece ese criterio de selección de la mejor oferta es proporcionado, no puede ser imputado como lesivo para la concurrencia. La mejora salarial se referenciará respecto a un convenio que se considera de referencia pero sin imponer su aplicación, sirve para cualificar la mejora. Su utilización debe motivarse en el expediente de contratación argumentando la conveniencia de la medida y las razones para su incorporación. Si la LCSP lo hubiera configurado como condición de ejecución sería una obligación que comportaría que, al menos en la contratación pública, se sustituiría a la negociación colectiva y configuraría a un pliego de cláusulas administrativas en materia de contratación pública, como norma obligatoria de retribución

(18) El grupo Vasco justifica su enmienda afirmando: «Reiteramos la imperiosa necesidad de que la Ley de Contratos Públicos sea absolutamente clara, despeje de una vez por todas cualquier objeción jurídica injustificada, explicita la posibilidad de incorporar criterios de adjudicación de carácter social y posibilite su aplicación a través de una regulación expresa y un listado ejemplificativo».

salarial determinada en una materia asignada a la negociación colectiva, lo que es evidente que no sería adecuado ni procedente.

Una prevención que contiene la directiva 24/2014 es la correcta aplicación de la directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, según la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y, concretamente, en la cuestión del pago de salarios mínimos. Como es sabido, el TJUE ha abordado la cuestión de la imposición por un Estado miembro en las licitaciones públicas y como condición de ejecución contractual del pago de un salario mínimo. El TJUE ha afirmado que no contraviene el TFUE una disposición legal de un Estado miembro, cuando tenga carácter de norma imperativa de protección mínima, que establece como condición de ejecución en los contratos públicos el pago de un salario mínimo lo que compromete a cualquier empresa licitadora y contratista de otro Estado miembro (STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, Regio Post), mientras que si lo que se pretendiera y exigiera por un Estado miembro en norma legal fuera el pago de un salario establecido en un convenio laboral aplicable en el lugar de ejecución, pero que no tuviera el carácter de convenio general en un sector de actividad, ello no se ajustaría a la directiva 96/71 y supondría una medida que limitaría la libre prestación de servicios dentro de la Unión (19).

3. Condiciones de ejecución del contrato

En la fase del ciclo contractual relativa a su ejecución, el artículo 201 establece la obligación de la empresa contratista del cumplimiento de las normas legales o convencionales en materia social, ambiental y de innovación, sin añadir ninguna otra exigencia cuando, en coherencia con lo previsto en el art 145, cabría hacer también una referencia a las obligaciones sociales y laborales derivadas del cumplimiento de la propia oferta presentada por la empresa licitadora ganadora que podrá haber incluido compromisos que superen los mínimos legales o convencionales.

El tercer párrafo del artículo 201, previene la imposición por el órgano de contratación de penalidades a la empresa contratista en el supuesto de incumplimientos o retrasos reiterados en el pago de los salarios de las personas que ejecutan el contrato. También prevé la imposición de penalidades en el supuesto de aplicación por la empresa contratista, de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos, cuando ese comportamiento sea grave y doloso.

(19) STJUE de 3 de abril de 2008, asunto 346/06, Dirk Rüffert.

El artículo 211.1.i) contempla como causa de resolución contractual el impago por la empresa contratista de los salarios o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos: no quedan bien delimitados los requisitos que deben concurrir para la imposición de penalidades o para la resolución del contrato, atendiendo que la resolución es o puede ser alternativa a la imposición de penalidades como refiere el artículo 192.2. Es más, la regulación de penalidades en el supuesto que el contratista pague salarios inferiores a los establecidos en convenio, se condiciona a que el comportamiento sea grave y doloso mientras que ninguna condición se contempla para proceder a la resolución por este mismo motivo.

El artículo 202 tiene el título de «Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden» y el apartado 2 ejemplifica condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo social y, concretamente, menciona favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables.

Es llamativa la exigencia de este artículo 202, apartado 1, al establecer que es obligatorio establecer en todas las licitaciones públicas, sin salvedad alguna, al menos una condición de las enumeradas en el siguiente apartado (20). No parece la vía imperativa la mejor forma de impulsar la contratación pública sostenible. No puede descartarse que en algún contrato público la característica de la prestación no permita la inclusión de ninguna consideración social, ambiental o de innovación o, alternativamente, que se incluya alguna que no sea de las citadas en el apartado 2 del artículo 202 (21).

La exigencia del cumplimiento por la empresa contratista en la ejecución del contrato público de los convenios colectivos sectoriales, aflora las discrepancias políticas de un sector amplio del arco parlamentario acerca de la

(20) Esa obligación ha sido ya invocada, con amparo en la ley 9/2017, en un recurso especial que ha resuelto el Tribunal de Recursos de Aragón (acuerdo 67/2018, de 26 de julio). El tribunal desestima el recurso considerando que en la licitación sí se contenía una condición especial de ejecución atendiendo que se requería una de carácter social (referida a la certificación del personal que ejecuta el contrato de no tener condenas por delitos en relación con la protección de los menores) y otra de carácter ambiental sobre la calidad del agua. No se considera por el tribunal si esas condiciones se corresponden con algunas de las mencionadas en apartado 2 y a cuál de ellas concretamente.

(21) El propio origen de la prescripción legal es llamativo. Ninguna enmienda parlamentaria planteó esa idea pero en el fragor del debate «nace» como resultado de la «transacción» de las enmiendas 142 del GP Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea; 667, 668, 669, 670 y 671 del GP Socialista; 384 del GP Ciudadanos; 293 del GP de Esquerra Republicana y 912 del GP Mixto-PDeCAT. Ver Informe de la Ponencia, http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-4.PDF#page=1.

reforma laboral incorporada por el PP en el Estatuto de los Trabajadores (ET) mediante el Real decreto-ley 3/2012, de 12 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que estableció la prioridad del convenio de empresa sobre el sectorial (nueva redacción del artículo 84.2 ET mediante apartado 3 del artículo 14 del Real decreto ley) y la posibilidad de descuelgue del convenio colectivo en vigor (nuevo apartado 3 del artículo 82 ET mediante apartado 1 del artículo 14 del Real decreto-ley).

La reforma laboral del 2012 produjo en las organizaciones sindicales gran insatisfacción al reducir la negociación de las condiciones salariales y laborales al ámbito de la empresa con un consecuente debilitamiento de la fuerza negociadora de los trabajadores y al habilitar el descuelgue de los convenios sectoriales si concurren determinadas condiciones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Como decimos, en el debate parlamentario del proyecto de la LCSP, en una situación parlamentaria de ausencia de mayoría absoluta del partido gobernante (mayoría que hasta el momento había propiciado el abuso de aprobación de leyes a partir de la figura del Real decreto ley con invocación generosa de la causa de extraordinaria y urgente necesidad y con fuerte limitación del debate parlamentario), se propició por varios grupos parlamentarios (22) que la exigencia del cumplimiento por las empresas licitadoras y contratista de los convenios se refiriera expresa y únicamente a los convenios «sectoriales» con omisión de toda referencia a los convenios de empresa. En el trámite parlamentario en el Senado, el grupo parlamentario del PP presentó enmiendas (23) para eliminar la referencia exclusiva a los convenios sectoriales pero no fueron aprobadas.

Se ha llegado a afirmar que la reforma laboral del PP ha sido derogada a partir de la aprobación de la LCSP. Me parece impropia esta afirmación y la pretensión de derogar una ley que regula la negociación colectiva entre trabajadores y empresarios, el Estatuto de los trabajadores, en una ley especial en materia de contratación pública. No tiene sentido. Los principios de seguridad jurídica y de especialidad normativa deben ser respetados de forma que sólo una modificación legal del Estatuto de los Trabajadores o la aprobación de una norma legal en materia social es la forma oportuna para proceder a la eliminación, si así se desea, de la reforma laboral de 2012. La cuestión será dilucidar si en el ámbito de la contratación pública sí que son vinculantes las referencias a los convenios sectoriales allí donde la LCSP los menciona en

(22) Los grupos parlamentarios Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de Esquerra Republicana, Socialista, Mixto-Sr. Francesc Homs, Vasco (EAJ_PNV), se refirieron a los convenios sectoriales en todas sus enmiendas en que se hacía referencia a los mismos.

(23) Enmiendas números 253, 254 y 255.

exclusiva. Ciertamente se ha creado una situación compleja pero creo que el planteamiento y la voluntad expresa de la LCSP no puede ser más que aplicado.

IV. DOCTRINA SOCIAL DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS

Llegados a este punto procede efectuar un análisis de la doctrina «social» emitida hasta el momento por los tribunales de recursos previstos en el derogado artículo 41 del Real decreto legislativo 3/2011 y ahora en los artículos 45 y 46 de la ley 9/2017.

Los tribunales de recursos han tenido que ocuparse de numerosos recursos especiales interpuestos por asociaciones empresariales y/o por empresas licitadoras o interesadas en licitar disconformes con criterios o consideraciones sociales incluidas en los pliegos reguladores de las licitaciones de las Administraciones públicas, especialmente de la Administración local.

1. Doctrina general

La contratación de los servicios de limpieza de edificios y de seguridad y vigilancia de instalaciones y edificios han sido las licitaciones que, atendiendo la intensidad de la mano de obra que se requiere para su ejecución, más frecuentemente incorporan cláusulas sociales referidas a las condiciones de trabajo y salariales, que asimismo más activamente han sido recurridas por asociaciones empresariales de esos sectores de actividad.

Sin referencia aún a la nueva ley 9/2017, el TACRC en sus reflexiones más recientes sobre la posibilidad de incluir cláusulas sociales en la contratación pública (destacadas en las memorias de 2016 y 2017 del TACRC) dirá (Resolución 355/2017, de 21 de abril reproduciendo consideraciones vertidas en su Resolución 210/2016, de 18 de marzo) que«... no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea».

En la resolución del 2017 citada se dirá, a partir de la consideración negativa sobre la inclusión de criterios de adjudicación sobre la mejora de las condiciones laborales de los «operarios» que, «...es criterio constante en la contratación administrativa el de la inconveniencia de la introducción en el pliego de contratación de obligaciones que afecten a la esfera laboral especial o aquéllas cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración Pública contratante ni a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino a órganos de la Jurisdicción Social (así se ha puesto de manifiesto

por ejemplo entre otras en la Resolución TACRC 156/2013 y en la Resolución TACRC 969/2015)». El TACRC afirma que no encuentra citadas en la directiva 24/2014 las consideraciones sociales referidas a incrementos salariales o mejoras de condiciones laborales por lo que las «condiciones laborales» no se ajustan a los parámetros del concepto de «cláusulas sociales» previsto en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE». En el FJ 6º de la resolución 160/2016, de 19 de febrero, ya se había afirmado que ésa es la doctrina general que mantiene el TACRC.

2. La doctrina de los tribunales en materia de adecuación del presupuesto base de licitación a los costes laborales

Los tribunales de recursos anulan las licitaciones en que el presupuesto base no se ajusta a los costes de ejecución. Cuando se trata de verificar la adecuación del presupuesto base de licitación a los costes salariales la respuesta es más condicionada excepto si es obligatoria la subrogación de plantilla en donde esa correspondencia es más evidente.

Hay una consideración uniforme de los tribunales de recursos en la tesis siguiente cuando hay subrogación convencional: «...si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato. En este caso el coste del personal debe ser, desde luego, un elemento a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, habida cuenta de que el convenio colectivo prevé la obligación de contratar a los trabajadores de la empresa saliente» (24).

3. La doctrina de los tribunales en materia de vinculación de la contratación pública con los convenios laborales

El tribunal estatal es especialmente contundente en el rechazo a cualquier vinculación del órgano de contratación con respecto a un convenio laboral determinado en el proceso de aplicación de criterios de adjudicación, de selección de la mejor oferta. En Resolución 44/2017, de 20 de enero, con referencia a resoluciones propias anteriores, abunda en la imposibilidad de

(24) Son consideraciones del informe 4/2001, de 22 de febrero, de la Junta Consultiva de Les Illes Balears reproducidas en Resolución 24/2016 del Tribunal de recursos de la Comunidad de Madrid. En idéntico sentido, la doctrina del TACRC puede ejemplificarse en la resolución nº 89/2016, de 15 de febrero, con cita de otra anterior nº 351/2013.

atender a las retribuciones salariales o cualquier otra condición especificada en un convenio lo que no le corresponde y es ajeno para el órgano de contratación con fundamento añadido a la problemática de los convenios de empresa como aplicación de la viabilidad de descuelgue de convenios sectoriales.

Hay que recordar que ciertamente las nuevas prescripciones contenidas en la LCSP comportarán que en los expedientes de contratación pública se haga referencia a un convenio laboral concreto cuya aplicación no se impondrá pero que se habrá utilizado como referencia para el cálculo de costes salariales en la determinación del presupuesto de licitación, para la valoración de una oferta anormalmente baja, o como marco de referencia para valorar el incremento de retribuciones salariales. El Tribunal de Recursos de la Comunidad de Madrid, anticipándose a este escenario, ha entrado en dirimir la correspondencia o no de una prestación determinada con el objeto de un convenio laboral determinado en Resoluciones 127/2015, de 30 de junio y 209/2015, de 9 de diciembre.

En materia de valoración de una oferta anormalmente baja en relación con los costes laborales fijados en un convenio el Tribunal catalán de recursos no admite esa posible consideración en Resolución 91/2017, de 23 de junio. (25) El TACRC en resolución nº 754/2017, de 5 de setiembre, en una licitación en que dirime si el precio se ajusta a costes laborales afirma que, «En todo caso, como ha puesto de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 34/2001, de 13 de noviembre, la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para formular su proposición económica y, en concreto, los efectos derivados del convenio colectivo aplicable, de lo que deriva la discrepancia del recurso».

El TACRC en resolución nº 30/2018, de 12 de enero, declara contrario a derecho una previsión en licitación de servicios de vigilancia que establece que los trabajadores no podrán realizar más horas anuales que las fijadas en el convenio sectorial estatal: la razón de la anulación le resulta al tribunal tan evidente que con cita de resoluciones anteriores y en estilo tipográfico de cursiva y negrita remacha que, «El TRLCSP no establece que la designación del convenio colectivo aplicable deba formar parte del contenido de los pliegos reguladores del contrato. Además, una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa». La prescripción se consideraba condición de

(25) El Tribunal publica sus resoluciones en internet exclusivamente en catalán cuando otros contenidos de contratación pública elaborados por otras unidades administrativas se publican también en castellano. Se dificulta el conocimiento de las resoluciones y se perjudican los derechos de defensa de las empresas.

ejecución para garantizar la aplicación de la previsión del convenio estatal de servicios de vigilancia pero el tribunal mantiene sus reflexiones consolidadas en resoluciones anteriores sin hacer una reflexión actualizada sobre las orientaciones de exigencia del cumplimiento de los convenios que establece la directiva 24/2014 y la LCSP pese a que la resolución se dicta tres meses antes de su entrada en vigor y, con posición mayestática, dirá seguidamente: «...no existe razón alguna (sic) para que el órgano de contratación fije un número máximo anual de horas por vigilante conforme a un convenio nacional de empresa de seguridad. Ello no es procedente, especialmente si tenemos presente que es ajeno a la normativa de contratación la concreción del convenio que resulte aplicable teniendo presente que resulta posible que el convenio aplicable al personal de las licitadoras y de la adjudicataria sea otro distinto».

4. La doctrina de los tribunales en materia de consideraciones relativas a la estabilidad laboral

La resolución del TACRC 355/2017, de 21 de abril, es recensionada en la memoria del año 2017 como doctrina destacable. Desarrollamos su objeto.

Se interpone por la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (ACOSEPRI) recurso especial contra la licitación de un contrato de servicios de vigilancia que licita la Diputación de Lugo. El recurso invoca la nulidad de un criterio de adjudicación mediante juicio de valor con ponderación de 20 puntos de valoración de las ofertas en cuanto a la «Calidad en el empleo», de forma que se dice textualmente, «Se valorará hasta un máximo de 20 puntos las ofertas de las empresas licitadoras que impliquen un avance en las condiciones laborales y salariales respecto a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en el Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad en vigor, y que dichos avances se apliquen a todo el personal adscrito a la ejecución del contrato y durante toda la vigencia del contrato. Estos avances laborales y salariales podrán incluir además de aspectos retributivos otros referidos a la jornada laboral, períodos de descanso, permisos, conciliación de la vida laboral y familiar, avances en la prevención de riesgos laborales, avances complementarios, las prestaciones de la Seguridad Social, tales como seguros de vida, invalidez, planes colectivos de pensiones, etc.».

El criterio de adjudicación detalla determinados subcriterios que se ponderan así: «a) Avances de naturaleza salarial: hasta un máximo de 10 puntos; b) Avances en jornada laboral, períodos de descanso, permisos, conciliación de la vida laboral y familiar: hasta un máximo de 6 puntos; Avances complementarios a las prestaciones de la Seguridad Social, tales como Seguros de vida, invalidez, planes colectivos de pensiones, etc., hasta un máximo de 3 puntos; c) Avances en la prevención de riesgos laborales: hasta un máximo de 1 punto».

El tribunal realiza una reflexión general sobre la evolución de la admisibilidad de las cláusulas sociales en la contratación pública incluyendo reflexiones derivadas del efecto directo de la directiva 24/2014. La resolución no considera admisible el criterio de adjudicación referido con fundamento jurídico, debe destacarse, en la propia directiva 24/2014 y en el proyecto de LCSP que había presentado el gobierno del PP. Anula el criterio de adjudicación porque,

- se entromete en las relaciones laborales entre empresa y trabajador (26).
- el criterio fundamental de adjudicación en el TRLCSP es el de la oferta económicamente más ventajosa (27).
- falta de proporcionalidad por ser la ponderación de 20 puntos muy alta en relación a otros criterios de adjudicación.

Dicha resolución no considera ajustada a derecho, ni conciliable con la directiva 24/2014, ni susceptible de ser calificada como cláusula social.

El Tribunal de Recursos de Aragón en acuerdo nº 15/2018, de 27 de marzo, considera adecuado al TRLCSP y la directiva 24/2014, un criterio automático de adjudicación acerca del compromiso de la empresa licitadora de que los trabajadores que han de realizar el servicio de mantenimiento de jardinería en la ciudad de Zaragoza tengan contrato indefinido. El tribunal dirá que, «... la estabilidad laboral aumenta el compromiso y vinculación de los trabajadores con la empresa, en la salud de los trabajadores y en su talento, redundando todo ello en una mejor calidad en el servicio que se contrata, dado que estamos ante la contratación de unas prestaciones en las que el componente de la mano de obra es fundamental. Este Tribunal es partícipe de

(26) Dice la resolución: «En primer término, nos hemos de cuestionar si las mejoras en las condiciones laborales de los operarios de las empresas son auténticas cláusulas sociales, pues, en todo caso, se escapan del área funcional y competencial de los órganos de contratación, dado que, de este modo, con su introducción desde una materia como es la contratación administrativa se está influyendo sobre las relaciones jurídico laborales tramadas entre empresas y trabajadores, que han de ser ajenas a las propias del órgano de contratación. Pues bien, es criterio constante en la contratación administrativa el de la inconveniencia de la introducción en el pliego de contratación de obligaciones que afecten a la esfera laboral especial o aquéllas cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración Pública contratante ni a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino a órganos de la Jurisdicción Social (así se ha puesto de manifiesto por ejemplo entre otras en la Resolución TACRC 156/201310 y en la Resolución TACRC 969/201511)».

(27) «Por otro lado, no cualquier cláusula «social» en el amplio sentido del término puede considerarse amparada por la legislación comunitaria entre las autorizadas como criterios de adjudicación o condiciones de ejecución,.../..., sin que el mero aumento de las retribuciones o la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de la adjudicataria tengan fácil encaje dentro de las contempladas en la normativa comunitaria transcrita, sobre todo teniendo en cuenta siempre que el criterio fundamental de ejecución de todos los contratos públicos sigue siendo el de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración y que, a su vez, todos los criterios deben estar vinculados al objeto del contrato».

este parecer, considerando que las condiciones laborales, como se ha señalado ya en el Fundamento Octavo de este acuerdo, repercuten en la calidad con que se presta el servicio...».

5. La doctrina de los tribunales en materia de criterio de adjudicación de oferta de contratación de personas en paro o situación de exclusión social

La ya referida resolución TACRC 355/2017, confirma la conclusión del informe 53/2008 de la Junta consultiva estatal en el sentido que el criterio de adjudicación consistente en la valoración del porcentaje que la empresa licitadora se compromete a contratar de personas en situación de paro no tiene vinculación directa con el objeto del contrato de forma que, «... la inclusión en los PCAP de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible en Derecho (negrita en el propio texto de la resolución». El informe dirá que sería admisible como condición de ejecución del contrato.

Sin embargo, esta opinión negativa se contradice (28) con la expresada en resolución TACRC 210/2016, de 18 de marzo (29), que con fundamento en la directiva 24/2014, estima un criterio de adjudicación sobre contratación de personas en situación de paro o exclusión social y ponderación de 5 puntos sobre 100 puntos en total. Se trata de una licitación del Ayuntamiento de Xàtiva de servicios de limpieza con el siguiente tenor: *«Se valorará hasta un máximo de 5 puntos aquellas empresas que para la ejecución del contrato se comprometan a incorporar a su plantilla, bien para cubrir las necesidades de personal eventual que requiera el contrato, bien para las nuevas contrataciones que resulten necesarias, el siguiente personal:*

(28) El TACRC informa en sus memorias que, en julio de 2012, la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas y la Abogacía General del Estado suscribieron un protocolo de acuerdo mediante el cual los abogados integrados en el Servicio Jurídico del Estado colaboran con el TACRC para estudiar, preparar y elaborar las ponencias de las resoluciones que se dictan. En la memoria del año 2014 se concreta que, «Casi los 2/3 de los recursos presentados en 2014 (740 recursos sobre un total de 1.117) se han preparado en ponencia por los Abogados del Estado». Creo que ese protocolo debiera modificar la estructura del TACRC transparentando la figura de la «Ponencia» de la Resolución concreta. Se debería informar en el propio texto de la resolución correspondiente de la persona que ha sido ponente y su adscripción orgánica. Ello permitiría, además, valorar eventuales discrepancias o matices en la doctrina del TACRC pero también podría alcanzar eventualmente la figura de la recusación o conflicto de intereses.

(29) La licitación ya había sido recurrida con anterioridad por la misma empresa y anulada en Resolución 644/2015 si bien el criterio de adjudicación de carácter social no se había entonces incluido.

— *Personal en situación y/o riesgo de exclusión del mercado laboral (tal condición será la que devenga de la regulación que en cada momento dicte la normativa aplicable relativa a: personas perceptoras de rentas activas de inserción, personas perceptoras del salario social, jóvenes menores de 25 años sin enseñanza secundaria obligatoria, mujeres víctimas de violencia, personas inmigrantes o cualquier otra que, en todo caso, venga acreditada por los Servicios Municipales de Bienestar Social).*

— *Personas con discapacidad, de acuerdo con la Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de minusválidos».*

El TACRC considera que este criterio no es discriminatorio y atendiendo que la puntuación que se le otorga no es relevante.

La voluntad de utilizar la contratación pública para reducción del paro en el ámbito territorial de la Administración contratante incorporando en el pliego el requisito que las personas se encuentren inscritas en oficina de empleo de la localidad fue considerada no ajustada a derecho en Resolución TACRC 130/2015, de 30 de enero, por resultar discriminatoria.

6. La doctrina de los tribunales en materia de criterios de adjudicación sobre mejora de las retribuciones salariales de las personas que ejecutan el contrato público

El TACRC conoce en Resolución 1059/2016, de 16 de diciembre, un recurso especial interpuesto por la asociación empresarial ACOSEPRI contra la licitación de un acuerdo marco de servicios de vigilancia y seguridad que licita la Comunidad de La Rioja. El pliego de cláusulas administrativas incluye un criterio de adjudicación evaluable de forma automática que valora con 15 puntos de los 100 totales el compromiso de la empresa de mantener durante toda la vigencia del acuerdo marco las retribuciones que, como mínimo, figuren en el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad.

La resolución del TACRC considera que a partir de su resolución 210/2016 puede entenderse que se cierra una época de pronunciamientos contradictorios sobre la posibilidad de admitir criterios de adjudicación de carácter social entendiendo que pueden admitirse siempre que tengan vinculación con el objeto del contrato y sean proporcionales. En el caso que se enjuicia en la licitación de La Rioja del acuerdo marco de servicios vigilancia se considera nula la previsión del criterio de adjudicación por los motivos que seguidamente se comentan,

— Primer criterio del TACRC: no se corresponde ni es análoga con ninguna de las medidas que como criterio de adjudicación se mencionan en el considerando 99 de la directiva 24/2014.

El TACRC realiza una interpretación de la viabilidad jurídica del criterio de adjudicación referido, sin analizar el articulado de la directiva, sino exclusivamente a partir de la correspondencia de dicho criterio de adjudicación con un considerando concreto. Interpreta el considerando 99 de la directiva como canon exclusivo y único de validación de forma que al no corresponderse el criterio de adjudicación objeto de recurso con ninguno de los ámbitos de actuación citados en el considerando 99 lo declara nulo (30).

Es importante reclamar atención a este razonamiento jurídico puesto que en la medida que se constituye como doctrina interpretativa de la validación de los criterios de adjudicación de carácter social con la directiva 24/2014 puede condicionar la futura interpretación de la ley 9/2017. En este sentido, sorprende la lectura tan sesgada del conjunto de la directiva que efectúa el TACRC: debe resaltarse que es el considerando 97 y no exclusivamente el considerando 99, como afirma el TACRC, el que se configura como el marco general de actuación en materia de previsión de cláusulas sociales en la contratación pública, sin que pueda derivarse de su lectura que exista una lista cerrada de los criterios de adjudicación de carácter social. Por el contrario, la interpretación gramatical del considerando 99 pone en evidencia que se refieren a título de ejemplo determinadas consideraciones sociales (31) sin que en este considerando se citen, por ejemplo, las condiciones sociales de producción y el comercio justo o las consideraciones salariales o laborales, o los derechos humanos. El artículo 43 de la directiva se refiere a las etiquetas sociales como eventual consideración social, también como criterio de adjudicación y en él no se hace ninguna limitación concreta a los aspectos sociales a los que puede referirse dicha etiqueta.

La validación de los criterios de adjudicación sociales que hubo de efectuar el TACRC en la resolución de referencia (aún no aprobada la que hoy ya es la ley 9/2017) y que correspondería efectuar también hoy es fundamentalmente con base en el artículo 67 de la directiva 24/2014, que regula los criterios de adjudicación y en él no se establece una lista cerrada de criterios de adjudicación sino que se fijan los principios generales de actuación: esencialmente, que el objetivo de los criterios de adjudicación es la selección de

(30) El considerando 99 se refiere a «...Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate».

(31) El considerando 92 de la directiva 24/2014 dice: «En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades».

la oferta económicamente más ventajosa que podrá incluir la mejor relación calidad-precio con inclusión de criterios sociales, ambientales y que tengan vinculación con el objeto del contrato; que los criterios de adjudicación no pueden conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y que han de garantizar una competencia efectiva.

— Segundo criterio de declaración de nulidad utilizado por el TACRC: se violenta la selección de la oferta económicamente más ventajosa puesto que aceptar la aplicación del convenio estatal encarece el coste y por tanto el precio lo que se contradice, según el TACRC, con la finalidad del TRLCSP que es la obtención del precio más bajo.

La resolución del TACRC tiene fecha de diciembre de 2016 y se podría haber introducido ya una reflexión sobre el concepto comunitario de oferta económicamente más ventajosa que ya se refería a la mejor relación calidad-precio. El 1 de marzo de 2016 los tribunales administrativos de contratación pública (incluyendo el TACRC) ya habían aprobado un documento sobre los efectos jurídicos de las directivas declarando que el artículo 67 de la directiva 24/2014 referido a los criterios de adjudicación tenía efecto directo.

— Tercer criterio de declaración de nulidad: eventual efecto discriminatorio respecto a las empresas que se hubieran descolgado del convenio sectorial.

Este argumento como se ha argumentado anteriormente hoy no tendría cabida aplicando la ley 9/2017.

— Cuarto argumento para la declaración de nulidad: la medida no tiene relación con la prestación. Se afirma que la mejor retribución salarial no repercute en la mejora del servicio o que el servicio no se ve beneficiado por esta medida.

El TACRC no motiva este argumento. Se convierte en una afirmación sin necesidad de prueba. Sin embargo, hay que afirmar que es una preocupación de las Instituciones comunitarias favorecer desde la contratación pública que las empresas contratistas paguen salarios dignos y practiquen contrataciones laborales de calidad (32). Favorece la calidad de la prestación contratada el incentivar la mejor retribución salarial de las personas que la ejecuten en un contrato de servicios de vigilancia, sector de actividad caracterizado por unas retribuciones salariales muy bajas.

La resolución del Tribunal catalán de recursos 124/2017, de 25 de octubre, anuló una licitación del Ayuntamiento de Gavá con objeto de «Servicio de asistencia a domicilio» que valoraba las mejores salariales con el 10% de

(32) La Guía de la Comisión Europea para practicar consideraciones sociales en la contratación pública, de octubre de 2010, llama a la inclusión de la consideración de los salarios dignos como factor social a tener en cuenta en los objetivos de la contratación pública social.

la puntuación total (33). En resolución 86/2018, de 16 de mayo, reitera su posición ante una licitación del Ayuntamiento de Barcelona que otorga hasta el 10% de la puntuación total en función de las mejoras de la retribución salarial. El tribunal en nota 21 a pie de página de su resolución reconoce que la ley 9/2017 (que no es de aplicación en el litigio) sí que considera las mejoras salariales como criterio de adjudicación pero no realiza ninguna consideración jurídica complementaria.

La asociación empresarial ACOSEPRI había recurrido también una licitación del distrito de Chamartín del Ayuntamiento de Madrid de servicios de vigilancia en la que los criterios sociales tenían una ponderación de 35 puntos sobre un total de 100 y uno de esos criterios sociales era, como el caso conocido unos meses después por el TACRC y antes recensionado, el compromiso de mantenimiento de las retribuciones establecidas en el convenio estatal con una ponderación de 15 puntos. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid mediante Resolución n° 16/2016, de 3 de febrero, considera ajustada a derecho dicho criterio de adjudicación. Destaca dicha resolución la voluntariedad para las empresas de ofrecer esa mejor retribución salarial que pese a propiciar el beneficio de la puntuación correspondiente puede verse, eventualmente, descompensada por la puntuación destinada al precio ofertado en la medida que la empresa que ofrece mejores salarios difícilmente podrá superar en la oferta de precio a las empresas que renuncien a hacerlo o lo hagan en menor cuantía. Consideró el tribunal que el criterio de adjudicación no distorsionaba la competencia y no era desproporcionada. (34) Este criterio se ha mantenido en las Resoluciones 84, 85 y 86/2016, de 5 de mayo y 107/2016, de 1 de junio.

(33) En página 19 de la resolución se dice (traducido del catalán): «La mejora propuesta por el órgano de contratación en la presente licitación es muy loable en los tiempos de crisis que atravesamos y en el sector objeto del servicio que se contrata, pero tiene que aunar las necesidades de la contratación con las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera marcadas por la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, y el total respecto de los principios básicos de la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, entre los cuales figuran, especialmente en este sentido, los de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una utilización eficiente de los fondos públicos destinados a la contratación de este servicio, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

(34) La consideración de la mejor retribución salarial como criterio de adjudicación y su ponderación no determinante para la selección de la mejor oferta, atribuyen a esta medida social dos características positivas: la voluntariedad, ya que no se impone la obligación de una retribución salarial relativa a un convenio determinado sino que a los efectos de homogeneizar la comparativa de las ofertas se establece un convenio de referencia que puede servir para establecer el mayor nivel salarial sea cual sea el origen de la empresa y que no es una obligación para las empresas pagar un salario determinado fijado por el órgano de contratación, de forma que puede darse la situación que ninguna empresa licitadora ofrezca

7. La doctrina de los tribunales en materia de cláusulas sociales como condiciones de ejecución

La regulación de las condiciones sociales de ejecución es abordada por los tribunales de recursos con mayor tolerancia atendiendo que no afectan al proceso de selección de la oferta más ventajosa en donde priman los principios formales de igualdad de trato y de competencia. Sin embargo en referencias anteriores se han dejado constancia de la declaración de inadmisibilidad de condiciones de ejecución como la resolución del TACRC nº 30/2018, de 12 de enero mencionadas en el punto IV.3

El Acuerdo 72/2016, de 24 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, declaró ajustado a derecho, considerando las regulaciones de la directiva 24/2014, una licitación con la obligación del contratista de respetar durante todo el tiempo de ejecución del contrato las retribuciones establecidas en el Convenio colectivo de aplicación. El acuerdo coincide con los planteamientos de la resolución 16/2016 de del Tribunal de la Comunidad de Madrid.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El concepto y las finalidades de la contratación pública han variado. La necesidad de reforzar el mercado único europeo como un espacio económico y comercial diferenciado, con señas de identidad propias, ante los bloques económicos internacionales de Estados Unidos y China, propicia que las directivas en materia de contratación pública del 2014, relancen el concepto de contratación pública estratégica que incorpora e impulsa políticas públicas comunes en materia de derechos sociales, ambientales y de innovación.

La ley 9/2017 de Contratos del Sector Público que transpone las directivas incorpora sus objetivos y los amplía en un contexto político y social en el Estado español que reclama la adopción de medidas de superación de la enorme devastación social y económica producida por la crisis financiera internacional de 2008.

El movimiento municipalista incorpora de forma generalizada consideraciones sociales en las licitaciones públicas para aprovechar que se seleccionen las mejores empresas contratistas que paguen salarios dignos, practiquen con-

incrementar los salarios respecto el convenio laboral de referencia (sería obligatorio para las empresas si la retribución mínima, el salario mínimo, se configurara como condición de ejecución contractual) y la no afectación a la concurrencia en la condición que la ponderación no sea determinante para la adjudicación sino combinada con el conjunto de criterios para la selección de la mejor oferta.

tratación laboral de calidad, implementen planes de conciliación del tiempo y de igualdad de género, ejecuten los contratos dinamizando objetivos de reducción del paro, facilitando la participando las empresas sociales.

La ley de contratos públicos introduce medidas de selección de la mejor oferta que suponen discriminación positiva a favor de las empresas que tengan mejores prácticas de responsabilidad social mediante criterios de adjudicación que no obligan a las empresas pero que ciertamente discriminan, o dan menos valor, a aquellas que no destinan sus beneficios a garantizar la calidad social en el seno de su propia empresa.

Los Tribunales de recursos han de generar una nueva interpretación de una nueva norma. Su función revisora del caso concreto debe garantizar que se lleve a cabo la contratación pública estratégica en el sentido expresado en la nueva ley 9/2017 y que hemos querido resaltar en esta colaboración. Las argumentaciones generadas en la época más álgida del «austericismo» considerando la eficiencia del gasto público y ahorro del gasto presupuestario como ejes de actuación ya no se constituyen en el fundamento de la compra pública.

La argumentación de los tribunales debe enriquecerse en cada caso concreto abandonando la técnica de la reiteración ritual de referencias de resoluciones anteriores y abrirse a la nueva época y las nuevas prácticas que se derivan de una ley de contratos que por primera vez desde 1995 y en el contexto social de un país en fuerte crisis económica y social, reclama nuevas actuaciones en favor de las empresas con responsabilidad social y que ha tenido reflejo por voluntad parlamentaria en la ley 9/2017.

Se tratará que los acuerdos y resoluciones de los tribunales administrativos de recursos abandonen el formalismo jurídico y la abstracción argumental para reforzar la ponderación razonada y motivada no siendo suficiente declaraciones de nulidad con invocación ritual de principios jurídicos (35) sino reforzando

(35) Esa argumentación formalista hasta ahora dominante puede sintetizarse en estas resoluciones:

En resolución del TACRC n° 391/2016, de 20 de mayo se establecieron las condiciones para admitir cláusulas sociales: «c) En relación con las llamadas «cláusulas de tipo social», la doctrina de este Tribunal ha señalado su admisibilidad siempre que se cumpla las exigencias establecidas en la jurisprudencia europea, en esencia: i) que de las mismas no se derive una discriminación, directa o indirecta, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros o terceros países; ii) no afecten a la competencia, entendiéndose que no afectan a la competencia aquellas que se limiten a exigir a los licitadores el cumplimiento de normas de general observancia en el territorio y iii) respeten la autonomía de la voluntad de las partes (resolución n° 160/2016). d) En el caso de la introducción de cláusulas dirigidas a luchas contra el desempleo son en todo caso inadmisibles cuando las mismas se limitan a la lucha contra el desempleo existente en un determinado lugar geográfico (resolución n° 103/2015)»

En Acuerdo del Tribunal de Aragón n° 80/2016, de 30 de agosto, se considera que, «En todo caso, no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que «fuercen»

la adecuación de las licitaciones y sus pliegos a los principios y las medidas concretas que impulsa la nueva ley 9/2017 que, sin forzar la autonomía de las empresas y su libertad, habilita que se introduzcan nuevos valores para considerar la mejor oferta y la mejor empresa contratista.

Considero muy acertada la previsión del artículo 46.4 LCSP (36) que los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y las Diputaciones Provinciales puedan constituir tribunales de recursos en su ámbito territorial. Si las normas españolas de contratación pública han sido tradicionalmente insensibles a las singularidades de la Administración local también los tribunales administrativos estatal y autonómicos se han configurado como un núcleo ciertamente muy reducido de interpretes jurídicos que no beneficia la mejor y mas rica interpretación de la norma atendiendo la concurrencia ponderada de valores. La resistencia (37) a ampliar la planta judicial de tribunales administrativos de recursos desconsidera la capacidad de la Administración local, en la que desempeñan su función especialistas capacitados, que previa selección según mérito y capacidad y con independencia en el ejercicio de sus funciones, puedan enjuiciar las licitaciones públicas con una interpretación de la norma más rica, rectificándose sus eventuales errores en el sistema ordinario de recursos como así se procede ante los actuales tribunales.

la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1156/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal— y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15».

(36) La previsión proviene de la enmienda nº 842 presentada por el Sr Francesc Homs del grupo parlamentario Mixto.

(37) El punto 1.4 de la propuesta de modificaciones de la LCSP elaborado en fecha de 30 enero de 2017 por una Comisión del Observatorio de Contratación Pública manifestaba que, «Debe diseñarse una planta de órganos de recursos contractuales cerrada, para evitar las actuales asimetrías (poco compatibles con el principio de seguridad jurídica). La extensión al ámbito local debe ser eliminada porque genera una indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo».