

DICTAMEN N° 453/2006

OBJETO: Expediente referente al de pliego de cláusulas administrativas generales de calidad social, que han de regir la contratación de obras, bienes, servicios y suministros realizada por el Ayuntamiento y Organismos Autónomos y Empresas dependientes o participadas por él.

SOLICITANTE: Ayuntamiento de Sevilla.

Presidente:

Cano Bueso, Juan B.

Consejeras y Consejeros:

Balaguer Callejón, María Luisa

Camilleri Hernández, María José

Gutiérrez Melgarejo, Marcos J.

Jara Andréu, Antonio

Sáez Lara, Carmen

Sánchez Galiana, José Antonio

Secretario:

Fernández Prados, José

El expediente referenciado en el objeto ha sido dictaminado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, en sesión celebrada el día 3 de octubre de 2006, con asistencia de los miembros que al margen se expresan.

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 31 de julio de 2006 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud del dictamen realizada por el Sr. Alcalde-Presidente, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.10.d), *in fine*, y al amparo del artículo 22, párrafo segundo, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 20, párrafo segundo, de la referida Ley, la competencia para la emisión del dictamen solicitado corresponde a la comisión Permanente.

Habiéndose solicitado el dictamen con carácter de urgencia, el plazo para la emisión del mismo es de quince días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25, párrafo tercero, de la Ley del Consejo Consultivo. En este punto debe tenerse en cuenta que según la disposición adicional segunda del Reglamento Orgánico del Consejo, aprobado por el Decreto 273/2005, de 13 de diciembre, el período anual de vacaciones del Consejo Consultivo es el mes de agosto, durante el cual se interrumpe el plazo de emisión de dictámenes, continuándose en el mes de septiembre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.3 de dicho Reglamento.

A tal efecto, examinada la solicitud de dictamen planteada por la Jefa del Servicio de Desarrollo Local del Ayuntamiento de Sevilla, por este Órgano se requirió a la Administración consultante para que cumplimentara dicha petición por el cauce previsto el artículo 22, párrafo segundo, de la Ley 4/2005. Requerimiento que ha sido atendido por la Alcaldía-Presidencia del referido Ayuntamiento, mediante oficio registrado de entrada el pasado 18 de septiembre.

Del expediente que acompaña al "proyecto de cláusulas generales de calidad social, para su aplicación en la contratación pública del Ayuntamiento y sus organismos autónomos" resultan los siguientes antecedentes fácticos:

1.- Con fecha 3 de noviembre de 2005, el Sr. Teniente de Alcalde Delegado de Empleo, en nombre y representación del Ayuntamiento de Sevilla, de una parte, y las entidades, organizaciones, asociaciones, colectivos y empresas que se relacionan, por otra,

convienen en suscribir el denominado Pacto por la Calidad del Empleo "con el compromiso de aportar lealmente su esfuerzo en la consecución de los fines propuestos, como herramienta para la superación de las desigualdades en la ciudad de Sevilla".

A grandes rasgos, y en el cometido que aquí nos interesa, el Pacto pretende aprovechar la gran capacidad de compra e inversión del ámbito municipal (todas las delegaciones del propio Ayuntamiento, sus organismos autónomos y las empresas total o mayoritariamente participadas por la Corporación municipal), para introducir una serie de estipulaciones en la contratación pública, con las que se garantice el cumplimiento de una serie de obligaciones a cumplir por parte de las empresas que contraten con el Ayuntamiento de Sevilla.

Seguidamente, figura en el expediente el Pacto por la Calidad del Empleo, documento al que se han adherido las siguientes entidades: Comisiones Obreras (CCOO Sevilla); Unión General de Trabajadores (UGT Sevilla); Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF Unión Provincial de Sevilla); Asociación Patronal de Empresas de Limpieza de Sevilla (APEL); Unión Provincial de Hosteleros Sevillanos (UPHS); Confederación de Empresas Pequeñas y Autónomas de Andalucía (CEMPE-Andalucía); Confederación de Entidades para la Economía Social de Andalucía (CEPES Andalucía); Federación Andaluza de Empresas Cooperativas de Trabajo Asociado (FAECTA); Federación Empresarial Andaluza de Sociedades Laborales (FEANSAL); Asociación de Empresas de Inserción de Andalucía (EIDA); Claros S.C.A. de Interés Social; Asociación de Consumidores y Usuarios de Acción de Sevilla (FACUA); Unión de Consumidores de Sevilla (UCA/UCE); Asociación de Vendedores Ambulantes Madre de Dios (AVAM); Afromujer de Andalucía; Fundación Secretariado Gitano (FSG); Sevilla Acoge; Asociación Andaluza de Padres y Madres para la Integración, Normalización y Promoción de las Personas con Discapacidad Intelectual y Síndrome de Down (ASPANRI); Asociación de Estudios Sociales para la Igualdad de la

Mujer (AESIM); Federación de Mujeres Progresistas de Andalucía; Asociación "Colectivo la Calle"; Fundación Centro Español de Solidaridad Proyecto Hombre de Sevilla; Fundación Gerón; Sevilla Emplea; Unión Romaní de Andalucía; Federación Provincial de AA.VV. "La Unidad"; Agrupación Provincial Sevillana de Asociaciones y Entidades Protectoras de Personas con Discapacidad Intelectual y/o Parálisis Cerebral; Asociación Gitana Villela Or gao Caló; y Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR).

2.- Figura, a continuación entre la documentación remitida por el Ayuntamiento de Sevilla el "Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de Calidad Social en la Contratación Pública".

Obran unidos a este documento un cuadro de criterios sociales en la adjudicación del contrato (anexo 1) y una memoria explicativa, fechada el 14 de julio de 2006.

3.- El 17 de julio de 2006, la Jefa del Servicio de Desarrollo Local del Ayuntamiento emite informe en el que indica que, tras diversas reuniones mantenidas con las entidades firmantes del Pacto por la Calidad del Empleo, se ha consensuado el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de Calidad Social. Por ello, propone solicitar dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía.

En igual fecha, por el citado Servicio, se extiende diligencia para hacer constar que en la tramitación del expediente se han observado todas las disposiciones legales, y está completo y en condiciones de ser sometido al órgano competente para su resolución, no siendo preceptivo los informes del Secretario General, ni del Interventor de Fondos Municipales.

4.- La Junta de Gobierno de la Ciudad de Sevilla, en sesión celebrada el día 20 de julio de 2006, acuerda: « (...) Solicitar del Consejo Consultivo de Andalucía la emisión del preceptivo dicta-

men del proyecto de Cláusulas Generales de Calidad Social, para que una vez recaído dicho dictamen, y de acuerdo con el Reglamento de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla (...), se adopte acuerdo de aprobación por la Junta de Gobierno.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se solicita dictamen sobre el "proyecto de pliego de cláusulas administrativas generales de calidad social en la contratación pública que han de regir la contratación de obras, bienes, servicios y suministros realizada directamente por el Ayuntamiento de Sevilla por el Ayuntamiento de Sevilla, a través de sus distintas Delegaciones, así como la realizada por sus Organismos Autónomos, Empresas Municipales o aquellas otras entidades cuyo capital social esté participado mayoritariamente por la Corporación Local, incluyendo las fundaciones que estas entidades hayan constituido hasta la fecha o puedan constituir en el futuro.

Se trata, pues, de un pliego general que, junto con los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, vendrá a conformar la contratación administrativa en el ámbito objetivo y subjetivo descrito, lo que lleva ante todo a considerar el marco legal que preside la adopción de tales pliegos generales.

A este respecto, hay que significar que la solicitud de dictamen invoca expresamente las previsiones contenidas en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo

2/2000, de 16 de junio, con respecto a los pliegos de cláusulas administrativas generales. Los dos primeros apartados de dicho artículo se refieren a la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales para la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, estableciendo las facultades de iniciativa, propuesta y aprobación (la cual corresponde siempre al Consejo de Ministros), así como el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado.

Siendo el Ayuntamiento de Sevilla el que ha tramitado el procedimiento para la aprobación de un "pliego de cláusulas generales" es al apartado 3 del citado artículo 48 al que hay que remitirse, como efectivamente lo hace el órgano consultante, puesto que en él es donde se establece que las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local *"aprobarán, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, siendo asimismo preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, si lo hubiera"*.

Tales referencias normativas y la calificación que la Administración consultante atribuye al expediente y al pliego resultante de la tramitación examinada permiten afirmar la competencia del Ayuntamiento de Sevilla y la necesaria intervención de este Consejo Consultivo por razón de la materia objeto de consulta; cuestiones extensamente analizadas por este Consejo en su dictamen 146/2004, precisamente emitido a instancia del Ayuntamiento de Sevilla, en relación con el entonces proyecto de pliego de cláusulas generales contra la siniestralidad laboral aplicable a los contratos de obras del Ayuntamiento de Sevilla y sus Organismos Autónomos.

Las consideraciones generales que se realizan en el referido dictamen 146/2004 se dan aquí por reproducidas, como también los razonamientos que atañen a cuestiones puntuales como la incidencia de las cláusulas postuladas sobre la prevención de riesgos laborales y la subcontratación. Sin perjuicio de lo anterior, resulta conveniente recordar, siquiera de modo sucinto, los principales razonamientos y conclusiones alcanzadas en dicho dictamen sobre la competencia de las Administraciones Locales para la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales:

1.- En primer lugar, superando la interpretación más restrictiva que del precepto hoy contenido en el artículo 48.3 (que reproduce el anteriormente contenido en el art. 49.3 de la Ley 13/1995), ha efectuado el Consejo de Estado (dictámenes 2.216/1995 y 2.701/1995, de 16 de noviembre y 7 de diciembre de 1995, 11 de abril de 2002, entre otros) al considerar que las entidades que integran la Administración Local sólo podrán aprobar "pliegos de condiciones jurídico-administrativas generales" si tienen atribuida competencia para ello en la normativa autonómica o en la local, este Consejo estima que procede realizar una interpretación distinta del alcance del artículo 48 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en conexión con lo dispuesto en el artículo 122 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local y 50.22 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; postura coincidente con la sentada en esta cuestión por otros órganos consultivos (Consejos Consultivos de las Islas Baleares, de Galicia, de Canarias, Castilla-La Mancha y el Consejo Jurídico de Valencia).

2.- En el referido dictamen se razona que aun partiendo del hecho fundamental de que el artículo 48 citado no tiene carácter de

norma básica (disposición final primera, apdo. 1, del propio Texto Refundido), como tampoco lo tiene su correlativa disposición de desarrollo contenida en el artículo 66 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (según su disposición final primera), no es menos cierto que ésa es la regulación aplicable en nuestra Comunidad Autónoma entre tanto ésta no establezca una norma propia que discipline el régimen de aprobación y contenido de esta clase de pliegos, no porque directamente tenga la consideración de legislación básica sobre contratos administrativos (art. 149.1.18.^a de la CE), que no lo tiene como se ha dicho, pero sí por su carácter supletorio, de acuerdo con los artículos 149.3 de la Constitución y 10 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y con la disposición transitoria primera de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma.

Con fundamento en esta consideración se sitúa el mentado artículo 48.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el marco normativo de fuentes aplicables al Ayuntamiento consultante, de acuerdo con lo que, a su vez, resulta del artículo 112 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, a cuyo tenor *"los contratos de las Entidades Locales se rigen por la legislación del Estado y, en su caso, por la de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, y por las Ordenanzas propias de la Entidad, encontrándose sujetos, además, a los principios comunes de la contratación del Estado"*.

3.- Aprecia, asimismo, este Órgano Consultivo que es importante ligar tales previsiones con las competencias para la contratación que el artículo 88 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, los artículos

111 y siguientes del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, y la propia normativa básica rectora de los contratos públicos, reconocen a las Entidades Locales, así como con la finalidad de tales pliegos que vienen a perfilar con mayor grado de detalle las prescripciones que necesariamente habrán de observarse en un determinado tipo de contrato, concretando el margen de maniobra dentro del cual puede operar la definición de los pactos y condiciones que estime conveniente la Administración. Desde esta óptica, se dice, nada puede extrañar que las Entidades Locales ostenten competencias para aprobar tales pliegos. Es más, de no razonarse así, se conduciría a la conclusión de que el artículo 48.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es inútil. La simple comparación del mismo con el apartado 1 del mismo precepto, en el que se observa un mecanismo de aprobación de pliegos generales por quien ostenta un rango jerárquico con respecto a entes públicos estatales, nos pone de manifiesto que se está refiriendo a una competencia que en la ley se considera propia de la Administración Local, en paridad con la Comunidad Autónoma, a la que no considera instancia superior a estos efectos. Que el sistema pueda ser distinto, reservándose la Administración Autonómica la aprobación de los pliegos generales de contratación de los Entes Locales es cuestión dudosa, y aquí no llamada a ser resuelta, ni conducente a conclusión alguna en este dictamen, dado que, en todo caso, requeriría una normativa autonómica *ad hoc* en materia local, que no se ha aprobado, mientras que sí se produce la inmediata entrada en juego del Derecho del Estado por la general cláusula de supletoriedad del mismo; sólo cabe apuntar que a ella no sería obstáculo el artículo 48 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por no ser básico, y los términos de la posibilidad de un control previo por la Comunidad Autónoma discurrirían dentro del entendimiento de la garantía constitucional de la Autonomía Local.

II

Al igual que se expusiera en el dictamen 146/2004, resulta que el pliego que es objeto de consulta no responde al contenido global de un pliego de cláusulas administrativas generales. En efecto las denominadas "cláusulas de calidad social" se circunscriben a dos ámbitos materiales diferentes, a saber, las relativas a criterios de adjudicación (en este caso, aunque abarca todo el elenco de contratos de obras, bienes, servicios y suministros sólo afectara a los contratos cuya forma de adjudicación sea el concurso), y las relativas a la ejecución del contrato (que obedecen a una serie de prescripciones generales que habrían de insertarse en todos los contratos celebrados por el Ayuntamiento con el loable fin de fomentar el empleo y la calidad del mismo).

Ello no impide, sin embargo, admitir que, si bien lo que se pretende es aprobar un pliego de condiciones generales que afecta contenidos que usualmente se incluyen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en lo que afecta, en este caso, a la definición de los criterios ponderables para la adjudicación del concurso), su contenido es "parcial", porque lo que hace a unas condiciones de contratación merecer el carácter de generales no es que abarquen la entera regulación del contrato y todas las posibles desde el punto de vista material, sino que sus destinatarios sean una generalidad (en este caso, todos los contratistas de obras, bienes, servicios y suministros) y que se inserten en todos los contratos del mismo tipo, como una determinación unilateral de uno de los contratantes (en este caso, la Administración). Que éstas son las notas distintivas de los pliegos de condiciones generales se ve claramente si se contraponen a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, definidores de los derechos y obligaciones de las partes en un concreto contrato (art. 49, apdos. 1 y 5, de Texto Refundido de la Ley de Contratos

de las Administraciones Públicas) y que podrán exceptuar a los pliegos generales siempre que existan estipulaciones particulares, con el informe previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (art. 50 del citado Texto Refundido).

De acuerdo, pues, con estas consideraciones hay que admitir la reiterada calificación que realiza el Ayuntamiento del documento remitido como pliego general, en lo que ha influido la finalidad homogeneizadora perseguida, y el Consejo Consultivo entiende que, aunque no sería buena técnica la sistemática utilización de la aprobación en distintas fases de lo que en términos usuales ha de entenderse por pliego general, cuyo contenido típico se plasma en el artículo 66 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, no por ello se impide que un aspecto de la contratación administrativa pueda regularse por separado y con carácter general, de acuerdo con las necesidades y conveniencias de la Administración y los particulares; y, mucho más, cuando se refiere a cuestiones que pueden incidir en el fomento de empleo y la calidad del mismo, y se realiza adoptando como texto uno de origen pactado con sindicatos, organizaciones, asociaciones y entidades con domicilio social en la ciudad de Sevilla. En última instancia, este aspecto ahora regulado se podría considerar como una mera adición o reforma al pliego general que para los distintos tipos de contratos existen en la Corporación Local de Sevilla. Si el Consejo Consultivo hiciera una calificación contraria a la de pliegos generales cuando una cuestión aislada propia de estos se le sometiera, argumentando que su fiscalización alcanza sólo a los que se presentan en su conjunto, estaría propiciando una posible práctica fraudulenta, que consistiría en ir aprobando modificaciones parciales sucesivas, hasta que los pliegos generales aprobados inicialmente con el dictamen del Órgano Consultivo Superior, resultaran sustancialmente mudados en su globalidad: ello y abdicar de la competencia que otorga

a este Superior Órgano el artículo 48.4 de la LCAP vendría a ser lo mismo. Es esta razón de mayor peso, desde todos los puntos de vista, que la que derivaría de utilizar la definición de pliegos generales del Reglamento de Contratación de las Administraciones Públicas (art. 66), cuando dice que *"contendrán las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas, que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo además de las establecidas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas"* (apdo. 1), en el restrictivo sentido de que la aplicación a todos los contratos de un tipo signifique que solo es pliego general el que contiene toda la regulación; distinguiendo, además, donde la norma no distingue, en contra de una regla interpretativa general.

Es bien significativo, en orden a la calificación que hemos efectuado de los pliegos generales, el preámbulo del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual destaca que la incorporación a su texto de *"determinadas cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas generales (Decreto 3854/70, de 31 de diciembre, para contratos de obras, Orden de 8 de marzo de 1972 para contratos de consultoría y de asistencia y Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, para equipos y sistemas informáticos) que, por su naturaleza y contenido, se han considerado más propios de un texto reglamentario que de los citados pliegos generales de los que formaban parte, de tal manera que ahora ya no puede eludirse su cumplimiento utilizando el trámite previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la introducción en los pliegos particulares de cláusulas contrarias a los pliegos generales"*. Este párrafo resulta verdaderamente iluminador, porque nos indica que en la medida que se ha querido dotar de inmutabilidad a los pliegos generales frente a los particulares se ha impuesto a aquéllos el contenido normativo dicho; ahora bien, como esa técnica no abarca a la to-

talidad de los pliegos, sino sólo a parte (si abarcara todo el contenido posible no sería un pliego, cuya virtud es una homogeneidad que puede ser flexibilizada por la estipulación particular, sino que constituiría directamente un reglamento), va también de suyo que un pliego general puede ser tanto una regulación parcial, inderogable por reflejar el contenido de un reglamento, como otra regulación parcial que carezca de esa inderogabilidad; porque es la oposición "general a particular" antes señalada y no la oposición de "total a parcial" lo que marca la diferencia entre pliegos generales y pliegos particulares.

III

Queda, una vez operada la anterior calificación, analizar lo atinente al procedimiento aplicable para la aprobación del pliego general sometido a la consideración de este Órgano Consultivo y, por ende, a su naturaleza jurídica. Sobre ambas cuestiones, procede de nuevo remitirse a los pronunciamientos contenidos en el ya citado dictamen 146/2004, y, con fundamento en los mismos declarar que el Ayuntamiento consultante, atendiendo a la naturaleza de los pliegos generales en trámite ha seguido el procedimiento establecido y pretende someterlos para su aprobación a la Junta de Gobierno, de acuerdo con la potestad que le reconoce el artículo 127.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

El examen del expediente remitido por el Ayuntamiento de Sevilla permite apreciar que la tramitación resulta correcta en términos generales, habiéndose observado las disposiciones legales e incorporado al mismo los antecedentes que sirven de base a la propuesta y, en particular, una memoria justificativa en la que se analiza pormenorizadamente cuál es el objeto perseguido por cada una de las cláusulas de calidad social cuya aprobación

se postula, así como su fundamentación y concreta valoración. Sin perjuicio de lo anterior, deben efectuarse las siguientes observaciones:

1.- Según figura en el expediente se han adherido al Pacto por la Calidad del Empleo las siguientes entidades: Comisiones Obreras (CCOO Sevilla); Unión General de Trabajadores (UGT Sevilla); Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF Unión Provincial de Sevilla); Asociación Patronal de Empresas de Limpieza de Sevilla (APEL); Unión Provincial de Hosteleros Sevillanos (UPHS); Confederación de Empresas Pequeñas y Autónomos de Andalucía (CEMPE-Andalucía); Confederación de Entidades para la Economía Social de Andalucía (CEPES Andalucía); Federación Andaluza de Empresas Cooperativas de Trabajo Asociado (FAECTA); Federación Empresarial Andaluza de Sociedades Laborales (FEANSAL); Asociación de Empresas de Inserción de Andalucía (EIDA); Claros S.C.A. de Interés Social; Asociación de Consumidores y Usuarios de Acción de Sevilla (FACUA); Unión de Consumidores de Sevilla (UCA/UCE); Asociación de Vendedores Ambulantes Madre de Dios (AVAM); Afromujer de Andalucía; Fundación Secretariado Gitano (FSG); Sevilla Acoge; Asociación Andaluza de Padres y Madres para la Integración, Normalización y Promoción de las Personas con Discapacidad Intelectual y Síndrome de Down (ASPANRI); Asociación de Estudios Sociales para la Igualdad de la Mujer (AESIM); Federación de Mujeres Progresistas de Andalucía; Asociación "Colectivo la Calle"; Fundación Centro Español de Solidaridad Proyecto Hombre de Sevilla; Fundación Gerón; Sevilla Emplea; Unión Romaní de Andalucía; Federación Provincial de AA.VV. "La Unidad"; Agrupación Provincial Sevillana de Asociaciones y Entidades Protectoras de Personas con Discapacidad Intelectual y/o Parálisis Cerebral; Asociación Gitana Villela Or gao Caló; y Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR).

Aunque lo anterior evidencia una amplia participación de los colectivos más directamente concernidos por el pliego, no se acredita si se ha negociado con otras entidades empresariales de amplia representación, ni en qué medida se ha difundido, solicitando el parecer de las mismas. Dejando a un lado la existencia o no de prescripciones sobre el particular, es obvio que la participación en estos expedientes es fundamental, teniendo en cuenta que los efectos y eficacia del pliego general habrán de incidir directa e inmediatamente sobre todos los futuros contratistas en un extenso ámbito objetivo y subjetivo, al tratarse de la contratación administrativa del Ayuntamiento de Sevilla y de sus empresas u Organismos Autónomos. Como se dejara apuntado en el dictamen 146/2004, con independencia de la naturaleza de estos pliegos y aun constatando a partir de ella la inexistencia de un trámite necesario que deba llevar a consensuar las medidas que se pretenden generalizar por vía contractual para cubrir un amplio abanico de objetivos propios del Estado Social, es claro que la posición institucional de las asociaciones empresariales, reconocidas junto con los sindicatos en el artículo 7 de la Constitución como entidades para la defensa y promoción de los intereses sociales que le son propios, debería de haber conducido a negociar la propuesta de pliego con todos los agentes económicos que han de protagonizar la concertación social en este campo. Así debe ser por línea de principio, al margen de que la vigencia del pliego derive finalmente de un acto unilateral del Ayuntamiento consultante, puesto que las obligaciones y responsabilidades que se quieren establecer recaen, en efecto, sobre los contratistas y subcontratistas, de modo que la conclusión que se sienta ni siquiera exige invocar el significado que se atribuye a la participación y audiencia en el propio texto constitucional.

2.- La segunda observación se refiere a la urgencia invocada en la solicitud de dictamen y al momento procedimental en el que és-

te debe emitirse.

Concretamente, el Ayuntamiento consultante se limita a consignar la necesidad de que el dictamen se emita con urgencia ante la también urgente aprobación de las cláusulas comprendidas en el pliego remitido, al objeto de su aplicación en la contratación pública del Ayuntamiento y sus organismos autónomos. El Consejo Consultivo ha manifestado en diversas ocasiones que la urgencia en la emisión del dictamen no sólo debe consignarse en la correspondiente solicitud, sino que debe motivarse, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que provoca la reducción de un plazo que, en circunstancias normales, ha sido fijado por el propio legislador con una mayor duración para que la función consultiva pueda desarrollarse con las mayores garantías. En este sentido, se ha expuesto que la función de este órgano se ve sin duda afectada por un acortamiento de los plazos que inevitablemente afecta al necesario sosiego con que el Consejo debe abordar normalmente la elaboración de sus dictámenes. En consecuencia, en la medida en que la urgencia opera en estos casos como un concepto jurídico indeterminado cuya concurrencia debe acreditarse en el expediente, se llama la atención para futuras ocasiones sobre la necesidad de que la solicitud de dictamen detalle cuáles son las concretas circunstancias que llevan a invocar el carácter urgente del dictamen.

Por otra parte, hay que recordar que el dictamen de este Consejo, de acuerdo con las reglas generales de la función consultiva, no puede ser sino el último, emitiéndose inmediatamente antes de la resolución definitiva. En este sentido cabe recordar que el artículo 3 de la Ley del Consejo Consultivo dispone que los asuntos dictaminados por éste no podrán ser remitidos ulteriormente para informe a ningún órgano u organismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esta misma prescripción resulta del

artículo 1 del Reglamento del Consejo Consultivo, que, bajo la rúbrica "naturaleza y posición institucional", viene a establecer una conexión entre la condición de superior órgano consultivo de las Administraciones Públicas a las que se refiere su apartado 1, la posición institucional que de ello deriva para el Consejo Consultivo y la prohibición de que los asuntos en que haya dictaminado puedan ser remitidos ulteriormente para informe a otro órgano u organismo de la Comunidad Autónoma.

En certificado de 25 de julio de 2006, consta que la Junta de Gobierno de la ciudad de Sevilla acordó solicitar dictamen sobre el pliego de referencia para que, previo informe de la Asesoría Jurídica, se proceda a su aprobación por dicha Junta de Gobierno; remisión a la Asesoría Jurídica que no resulta posible por las razones indicadas.

IV

Antes de examinar las concretas cuestiones que, en su caso, pudiera suscitar el pliego de cláusulas administrativas generales sometido a dictamen, procede realizar una serie de consideraciones sobre la incorporación de las denominadas "cláusulas sociales" en la contratación administrativa.

Como ya se expuso en el dictamen 146/2004, al abordar esta problemática no hay que perder de vista que la finalidad del pliego es insertarse en una posición privilegiada del esquema de fuentes del contrato. Se dice con razón que los pliegos conforman la ley del contrato; no en vano, la Administración, obligada como está a servir los intereses generales, está legalmente facultada para concertar los pactos y condiciones que estime más conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordena-

miento jurídico o a los principios de buena administración, tal y como resulta del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Insertadas en el marco contractual, las cláusulas aprobadas vinculan a la Administración y a los contratistas, siendo así que la adjudicación tiene como presupuesto la libre aceptación por el contratista de los términos y condiciones definidos en ellos. No se está, pues, en el caso de una "regulación" unilateralmente impuesta por la Administración y forzosamente acatada por un colectivo predeterminado, pues interviene un acto propio de la autonomía de la voluntad, que es el que a la postre determina la sujeción a las cláusulas rectoras del contrato de que se trate.

Desde esta perspectiva, los pliegos de cláusulas administrativas generales tienen un campo de actuación que sólo estará limitado por las normas legales y reglamentarias de contenido tasado e indisponible, por las prescripciones imperativas que no dejen margen de decisión y, cómo no, por el obligado respeto de los principios rectores del ordenamiento jurídico y, particularmente, de los de la contratación administrativa. La propia previsión de la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales del artículo 48.3 del Texto Refundido por parte de las Entidades Locales debe ser vista, como se expresó en el anterior fundamento jurídico de este dictamen, como la habilitación para introducir condicionantes y consecuencias jurídicas que no están expresamente previstas en normas legales o reglamentarias, so pena de que tales pliegos se limitaran a reproducir lo que ya está establecido.

Obviamente tales pliegos no podrán contradecir normas imperativas, como tampoco podrán, aun actuando en el campo del Derecho dispositivo, introducir obligaciones y consecuencias jurídicas desproporcionadas o arbitrarias, que ciertamente incidirían

negativamente sobre quienes aspiran legítimamente a contratar con las Administraciones Públicas y hoy en día son colaboradores imprescindibles para la obtención y gestión de bienes y servicios públicos.

Desde esta perspectiva, hay que subrayar que en los últimos años se ha postulado vehementemente la inserción de cláusulas sociales en la contratación pública, como no podía ser de otro modo en un Estado que se denomina social y democrático de Derecho. En efecto, los objetivos y fines que trata de cubrir el pliego de cláusulas administrativas generales, centrados en el acceso al empleo de colectivos desfavorecidos, la estabilidad en el empleo, la seguridad en el mismo, con especial atención a la prevención de riesgos laborales, y el fomento de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

En este contexto, basta con recordar que la definición de España como un Estado social de Derecho, que se realiza en el artículo 1 de la Constitución tiene inmediato reflejo en el capítulo III del Título I de la misma, sobre los principios rectores de la política social y económica. Antes de ese capítulo y como fundamento de una política dirigida al logro del empleo estable, seguro y sin discriminación cabe referirse al derecho contenido en su artículo 35, así como también al artículo 37, en relación con el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Ya situados en el capítulo III citado, hay que recordar que en él se contiene diversos mandatos para los poderes públicos y, entre ellos, el de promover las condiciones para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal más equitativa, indicándose, que de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. Pero junto a dicho mandato, ínsito en el artículo 40, apartado 1, de la Constitución, se contempla el de velar por la

seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2) y el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE).

En esta misma línea cabe citar lo dispuesto en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en cuyo apartado 2 se dispone que la Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política. Entre los objetivos básicos que deben guiar el ejercicio de los poderes de la Comunidad Autónoma se sitúa, entre otros, la consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción y la especial garantía de puestos de trabajo para las jóvenes generaciones de andaluces.

Ante tan claras determinaciones constitucionales y estatutarias, la contratación administrativa ha sido contemplada en fechas recientes como un instrumento que puede coadyuvar notablemente a la realización de los mandatos constitucionales. Sin embargo, la incorporación de cláusulas sociales en la contratación administrativa ha discurrido por una senda dificultosa, ante la necesidad de cohonestar los objetivos perseguidos por esta vía con la salvaguarda de la libre concurrencia e igualdad, así como de la necesaria transparencia, publicidad y proporcionalidad, de acuerdo con las exigencias del Derecho Comunitario.

Desde la perspectiva antes indicada, cabe subrayar que la utilización instrumental de las cláusulas sociales no ha de hacerse en detrimento de los principios rectores de la contratación administrativa. Antes bien, es obligado buscar el equilibrio y proporcionalidad de las medidas de referencia, amparando los objetivos y reglas fundamentales definidos por las directivas co-

munitarias y el legislador básico y la eficacia práctica de tales cláusulas, que no han de desvirtuar la esencia de toda contratación administrativa, cual es el de seleccionar a los empresarios más capacitados para prestar servicios públicos y realizar obras o suministros en las mejores condiciones posibles, todo lo cual redundará en el cumplimiento eficaz y eficiente de las obligaciones de la Administración para con los ciudadanos.

La contemplación de las cláusulas sociales de la contratación administrativa como un instrumento que ha de conjugarse con otros muchos propios de la actividad de fomento, como las subvenciones y los beneficios fiscales, y cuyo peso ha de ser ponderado con arreglo al principio de proporcionalidad está presente en las iniciativas y resoluciones judiciales que seguidamente mencionaremos.

Los obstáculos y reproches jurídicos que relativos a estas cláusulas son visibles en los últimos años y, en este sentido, sirve como ejemplo la postura adoptada en la Unión Europea por la Comisión en relación con el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de dicha Comunidad para apoyar la estabilidad y calidad del empleo. En concreto, dicha disposición establece diversos criterios objetivos de adjudicación relativos a la estabilidad en el empleo, considerando particularmente las contrataciones indefinidas en la plantilla del licitador, por tanto similares a los contemplados en el pliego ahora dictaminado respecto. De ese modo se obliga a los órganos de contratación de la Administración, organismos autónomos y entidades de Derecho Público de dicha Comunidad Autónoma a incluir, salvo la concurrencia de circunstancias especiales que impidan su valoración, uno o varios de los criterios contenidos en el artículo 2 del Decreto; criterios a los que se atribui-

rá en todo caso una ponderación del 20% del total de la baremación y que actúan, junto a los demás criterios objetivos previstos en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para concretar cuál es la oferta más ventajosa. El dictamen del Consejo de Estado sobre dicha disposición (dictamen 3495/98, de 19 de noviembre) consideró conformes a Derecho los criterios de su artículo 2 en tanto que se estima son objetivos y no dejan de estar referidos a la "oferta más ventajosa para los intereses públicos", entendiendo que "una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados".

Pues bien, con motivo de la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares en lo que se habían incluido los criterios previstos en el citado Derecho, determinadas asociaciones de empresarios de la construcción formularon denuncia ante la Comisión Europea. En dictamen motivado de 20 de diciembre de 2001, remitido el 8 de febrero de 2002 a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (infracción núm. 1998/5040), la Comisión advierte sobre el incumplimiento del Derecho Comunitario, señalando en la parte dispositiva de dicho dictamen, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 226 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que: *"al prever en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, que los poderes adjudicadores de dicha Comunidad Autónoma incluyan en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso uno o varios criterios relativos al empleo, criterios que se evaluarán para determinar la oferta más ventajosa económicamente, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de ad-*

judicación de los contratos públicos y, en particular, con arreglo a los artículos 36 de la directiva 92/50/CEE, 26 de la directiva 93/36/CEE y 30 de la Directiva 93/37/CEE, modificadas por la Directiva 97/52/CE, así como el artículo de la Directiva 93/38/CEE, modificada por la Directiva 98/04/CE".

Por todo ello, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 226 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión invitó al Reino de España a adoptar las medidas requeridas para ajustarse al presente dictamen motivado en un plazo de dos meses a partir de la recepción del mismo.

El referido dictamen de la Comisión, corregido por el de 8 de febrero de 2002, llega a la siguiente conclusión en relación con las medidas contenidas en el Decreto encaminadas a favorecer la integración social de los minusválidos: *"esta disposición que prevé la utilización de un criterio de desempate de contenido social era objeto de una de las objeciones iniciales de la comisión. A raíz de la sentencia del Tribunal en el asunto (225/98 antes citado, la Comisión puede retirar esta objeción, siempre que la evaluación de las ofertas se efectúa desde una perspectiva económica y se respeten en todos los casos, las normas de transparencia y el principio de no discriminación".*

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencias de fechas 30 de mayo, 20 de junio y 6 de octubre de 2003 (entre otras) se muestra contrario a las conclusiones del referido dictamen de la Comisión y considerando además que los dictámenes son actos no vinculantes y no constituyen fuente del Derecho, declara que el Decreto en cuestión es conforme a Derecho. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de junio de 2006, declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto frente a la

sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2003 antes dicha, al constar que la misma parte recurrente, la asociación de Empresas de la Construcción de Madrid, había desistido del recurso de casación 6752/2003, precisamente interpuesto contra la sentencia de 30 de mayo de 2003 (desestimatoria de la impugnación entablada frente al Derecho en cuestión), permitiendo que la misma alcanzara firmeza

Finalmente, en diciembre de 2005, la Comisión ha interpuesto recurso contra España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con relación a las disposiciones sobre la estabilidad en el empleo que se aplican en el ámbito de la contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid. En el recurso de la Comisión ante el Tribunal de Justicia se parte de la comunicación interpretativa de la Comisión, de 28 de noviembre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, donde se discuten las posibilidades ofrecidas por el Derecho Comunitario para integrar dichos aspectos sociales en los procedimientos de contratación pública. Se recuerda que el Tribunal de Justicia aclaró esas posibilidades en su sentencia de 17 de septiembre de 2002 sobre *Concordia Bus Finland* (Asunto C-513/99).

En efecto, en la sentencia que se acaba de citar, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente al Tribunal que se dilucide si el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, una entidad adjudicadora decide adjudicar dicho contrato al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta la reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno o de ruido de los vehículos, de forma que, si tales emisiones o tal nivel de ruido

son inferiores a un determinado límite, pueden asignarse puntos adicionales a efectos de la comparación de las ofertas. Según el Tribunal de Justicia la admisión de la posibilidad planteada no significa que la mencionada entidad pueda tener en cuenta cualquier criterio de tal naturaleza. En esta línea apunta: "(...) si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, a este respecto, sobre los contratos públicos de obras, las sentencias antes citadas, *Beentjes*, apartado 19, *Evans Medical y Macfarlan Smith*, apartado 42, y *SIAC Construction*, apartado 36). Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato".

Abundando en lo anterior, la sentencia referida viene a recordar que, como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, para determinar la oferta económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora debe, en efecto, poder apreciar las ofertas presentadas y adoptar una decisión sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos que varían en función del contrato de que se trate (véase, en este sentido, sobre los contratos públicos de obras, la sentencia de 28 de marzo de 1985, *Comisión/Italia*, 274/83, Rec. p. 1077, apartado 25).

En el mismo orden de ideas, el Tribunal de Justicia en sentencia de 4 de diciembre de 2003 (*EVN y Wienstrom. C-448/01*), recordando cuanto expuso en el apartado 55 de la sentencia del caso *Concordia Bus Finland*, recuerda que admite que cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en

cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación (*sentencia Concordia Bus Finland*, citada, apartado 69). Siguiendo esa doctrina la sentencia *EVN y Wienstrom* mantiene en su apartado 34 que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, siempre que este criterio esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.

Anteriormente son de reseñar dos antecedentes jurisprudenciales tenidos en cuenta por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para llegar a conclusiones opuestas a las mantenidas por la Comisión Europea, lo que da idea de la complejidad de la materia. Se trata de la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1988 (*Gebroeders Beentjes*, asunto 31/87), en la que se considera que la introducción de un criterio para contratar a desempleados de larga duración, sin relación con la comprobación de la solvencia ni con los criterios de adjudicación enumerados en la Directiva a la sazón vigente, resulta compatible con las Directivas de contratación pública si se ajusta a las exigencias

de los principios rectores del Derecho Comunitario en la materia. Por su parte, la sentencia de 26 de septiembre de 2000 (*Comisión contra República Francesa [Construcción de edificios escolares en la región Nord-Pas-de-Calais]*), admite que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete los principios fundamentales del Derecho Comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes.

Además de las precisiones que paulatinamente ha ido introduciendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se han producido importantes novedades que forzosamente han de ser consideradas antes del pronunciamiento sobre la viabilidad jurídica del pliego de cláusulas administrativas generales remitido por el Ayuntamiento de Sevilla.

Se trata de la contemplación de la problemática descrita por la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios que contempla expresamente los términos en que resulta viable la introducción de criterios sociales y medioambientales para la selección de los contratistas, con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Especialmente clarificados son los dos primeros considerandos de dicha Directiva:

“La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de

elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2.

(2) La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia (...).

En el considerando 46 de dicha Directiva se señala: "La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, **conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa.**

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, conviene establecer la obligación -consagrada por la jurisprudencia- de asegurar la transparencia necesaria para que cualquier licitador pueda informarse razonablemente de los criterios y modalidades que se aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Corresponde pues a los poderes adjudicadores indicar los criterios de adjudicación, así como la ponderación relativa atribuida a cada uno de dichos criterios, e indicarlo con antelación suficiente a fin de que los licitadores tengan conocimiento de ello para

realizar sus ofertas. Los poderes adjudicadores podrán prescindir de indicar la ponderación de los criterios de adjudicación en casos debidamente justificados, que deben poder motivar, cuando esa ponderación no pueda establecerse previamente, debido, en particular, a la complejidad del contrato. En esos casos deben indicar los criterios por orden de importancia decreciente.

Cuando los poderes adjudicadores opten por adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, deben evaluar las ofertas con vistas a determinar cuál de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. **Para ello definirán criterios económicos y cualitativos que en su conjunto deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador. La determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta.** A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades -definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato."

Por su parte, al referirse a las condiciones de ejecución del contrato, el artículo 26 de la Directiva establece: "Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental."

Es de suma relevancia destacar que, al regular la adjudicación del contrato, el artículo 53.1 de la Directiva de referencia condiciona la introducción de criterios adicionales como los examinados a la vinculación con el objeto del contrato: "Criterios de adjudicación del contrato

1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:

a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, **distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate:** por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, **las características medioambientales**, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución;

b) o bien solamente el precio más bajo."

Debe insistirse en que, aun bajo la contemplación de ese nuevo marco comunitario, la Comisión ha interpuesto el recurso ya mencionado en relación con el Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, al considerar que algunos de los

critérios contemplados en el Decreto son criterios de selección y no deben utilizarse por tanto para adjudicar el contrato. La Comisión viene a estimar así que el nuevo marco comunitario concuerda con la postura sostenida por ella en sus comunicaciones interpretativas de 4 de julio y 15 de octubre de 2001, relativas, respectivamente, a la introducción de criterios medioambientales y sociales, de las que se desprende que el común denominador de los criterios a utilizar para determinar la oferta económica más ventajosa ha de estar referido a "la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución". Se trataría de permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio". Así, en cuanto se refiere a los criterios sociales (Comunicación Interpretativa de 15 de octubre de 2001), la Comisión señala que si por "criterios sociales" se entienden aquellos que permitan evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas, se podría considerar que éstos son aceptables, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de lo previsto en las directivas". Por el contrario -afirma la Comisión- los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores o las preferencias de precios, por ejemplo, serían incompatibles con las actuales Directivas de contratación pública. *"Lo mismo cabe decir de los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo"*.

En este nuevo contexto se ha dictado el Decreto 128/2005, de 15 de diciembre, por el que se derogan parcialmente determinadas medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid, para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo. En su preámbulo se indica que la Comisión Europea y la Comunidad de Madrid mantienen diferente interpretación de las directivas comunitarias de coordinación de los procedimientos de adjudicación de la contratación administrativa, respecto de la consideración de los criterios de empleo, que establece el Decreto como criterios de adjudicación. Sin embargo, se afirma que las circunstancias aconsejan que, por motivos de interés general y con la finalidad de conectar las posturas mantenidas, se derogue parcialmente el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, en lo relativo a la inclusión entre los criterios de adjudicación de criterios objetivos relativos al empleo. Asimismo, se deroga el apartado d) del artículo 8 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, relativo a la inclusión de criterios de calidad y estabilidad en el empleo en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Para finalizar, en el mismo contexto debe considerarse la incidencia del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 8 de septiembre de 2006. En su Exposición de Motivos se subraya la incorporación *"en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la ley de contratos del sector público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas"*

En el artículo 102 del Proyecto de Ley se regulan las condiciones especiales de ejecución del contrato en los siguientes términos:

"1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que no sean discriminatorias y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.g). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e)."

En cuanto a los criterios de valoración de las ofertas, el artículo 134.1 dispone: **"La valoración de las proposiciones y de-**

*terminación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la asunción del compromiso de mantener éste invariable como precio cerrado, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, **características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar**, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo."*

Hay que hacer notar la diferencia existente con respecto al mismo artículo y apartado del Anteproyecto de Ley, en el que se aludía entre otros criterios a las "características medioambientales o sociales" sin mayor precisión. La corrección introducida es importante y responde a una observación del Consejo de Estado que viene a constatar que las características sociales no son contempladas por el artículo 53 de la Directiva de referencia como criterios de adjudicación del contrato y que cuando ésta alude al posible juego de estas características sociales, lo hace bien de forma inespecífica (considerando 1), o bien precisando que, bajo ciertas condiciones su determinación dependerá del objeto del contrato y deberán permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva "el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades -definidas en las especificaciones

del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato" (considerando 46). Junto a lo anterior, el propio Consejo de Estado ha llegado a la conclusión de que la jurisprudencia comunitaria y las directrices de la Comisión sobre la materia, si bien orientadas hacia una cierta apertura, siguen considerando que ciertas condiciones sociales son incompatibles con los objetivos comunitarios.

V

De todo lo expuesto con anterioridad se sigue que un elemental principio de prudencia habría de llevar a posponer la aprobación de estos pliegos hasta conocer el desenlace de la iniciativa legislativa que en estos momentos se tramita en las Cortes Generales, la cual prevé la derogación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a excepción del capítulo IV del título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive.

En cualquier caso, se advierte que los criterios de adjudicación presentes en el Pliego objeto de dictamen (cláusula cuarta), en cuanto que configuran parámetros que tienen en cuenta criterios sobre el tipo de empleo o el *grado en que los licitadores emplean a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, que son juzgados en el actual estado del Derecho Comunitario como criterios ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo*. Lo mismo cabe decir en cuanto a la personalidad jurídica u objeto social de la entidad que concursa, salvo en los

supuestos en que tal circunstancia pudiera considerarse como directamente vinculada al objeto del contrato. E igualmente sucede con la valoración de la existencia de órganos de representación colectiva o la existencia de convenio colectivo en el ámbito de actuación del licitador.

Todo lo anterior habría de llevar a un replanteamiento general del Pliego examinado que, en principio, se puede estimar admisible en cuanto respecta a las condiciones de obligado cumplimiento (cláusula quinta), si bien advirtiendo que en su mayor parte se trata del cumplimiento de normas que despliegan eficacia sin necesidad de que sean reiteradas en esta clase de pliegos. En cualquier caso se llama la atención sobre la imprecisión e inseguridad de la utilización de expresiones como "máximo rigor" en relación con la aplicación de la normativa vigente en materia de igualdad y no discriminación de las relaciones laborales.

Por otra parte, se considera contraria a Derecho la previsión sobre la contratación con empresas de trabajo temporal (cláusula sexta), que llega hasta la exclusión de sus ofertas y viene a funcionar como una prohibición de contratar, lo que va más allá de lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En suma, a la vista del alcance de las observaciones realizadas a la luz de la jurisprudencia y del Derecho Comunitario, el Ayuntamiento de Sevilla debería posponer la aprobación del Pliego dictaminado, que ha de ser objeto de profundas modificaciones en el sentido indicado, y que, por tanto, no debiera ser reformulado hasta conocer al menos la transposición de las directivas comunitarias que el legislador español tiene que llevar a cabo.

CONCLUSIÓN

Aunque el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla está facultado para la aprobación, a través de su Junta de Gobierno, de un pliego que introduzca criterios adicionales a los expresamente previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el Derecho Comunitario impide en la actualidad la introducción de las cláusulas sociales como criterios de valoración desconectados del objeto del contrato.

En cuanto a las restantes cláusulas analizadas debe estarse a las consideraciones realizadas en el anterior fundamento jurídico de este dictamen.

Es cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía dictamina.

En Granada, a 3 de octubre de dos mil seis.

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Fdo.: Juan B. Cano Bueso

Fdo.: José Fernández Prados