

## CONDICIÓN S SOCIAIS E CONTRATACIÓN PÚBLICA

Carlos Aymerich Cano

### I. ALGUNHAS PRECISIÓNS ACERCA DO DEREITO COMUNITARIO DA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

#### 1. Liberalización e abertura dos mercados estatais de contratos públicos.

Nas súas liñas básicas, a abertura ou liberalización dos contratos públicos proposta polas institucións comunitarias non persegue senón que as decisións de adxudicación dos contratos celebrados polos poderes públicos obedezan a uns criterios e máis a unha racionalidade puramente mercantís. É dicir: procúrase, na mellor tradición neoliberal, a neutralidade económica dos contratos públicos. En definitiva, a depuración da actuación contratual da Administración de calquer consideración de orde social, territorial ou ambiental que non envolva un beneficio económico directo - menor gasto ou maior ingreso - para órgano de contratación<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Xustamente o contrario do indicado pola Exposición de Motivos da Lei Bases de 1963 e do preceptuado, como deberes dos poderes públicos do Estado español, pola CE de 1978. As constitucións dos Estados membros, os deberes de intervención pública na economía das decorrentes, pasan a ser valorados como un mal a corrixir. Neste sentido MATTERA, coñecido comunitarista italiano e alto funcionario europeo, recolle perfectamente a que constitúe doutrina oficial da Comisión europea: *“Os contratos públicos xa non son apenas un meio de fornecimento de servizos ou subministracións nas condicións máis vantaxosas presentes no mercado, senón que ao fin da inxerencia dos poderes públicos na vida económica e social dos nosos Estados, os responsábeis políticos descubren nos contratos públicos un meio privilexiado de intervención (política conxuntural, estrutural, sectorial, social e económica, para conducir o establecemento de as empresas cara determinadas rexións, lutar contra o paro, favorecer a reconversión industrial, estimular o dinamismo produtivo...) Todo isto baixo a púdica venda das nacionalizacións, ou privatizacións ou concesións, leva cara formas inaceptábeis de monopolio público. A quen maioritariamente prexudica todo isto é ás PEMES fronte ás empresas nacionalizadas ou participadas polos poderes públicos”* (cfr., “Les marchés publics: dernier rempart du protectionisme des États”, *RMUE* nº 3/93, páx. 5 e ss.). Mas, evidentemente, beneficiar ás PEMES non é a finalidade da política comunitaria na materia. Nun traballo posterior (“La politique communautaire des marchés publics: nécessité o souci de perfectionnisme? Quelques réflexions sur le Livre Vert da Commission Européenne”, *RMUE* nº 4/1996, páx. 14) o propio autor retoma a idea: *“... todos Estados membros tomaron consciencia de que cumpría restituir aos contratos públicos a función que lles atribuíran os economistas burgueses [bourgeois économes, no orixinal francés] do S. XIX e acometer unha acción a este respecto”, función orixinaria que pouco antes enunciara como “permitir ás entidades adxudicadoras aprovisionarse de bens e servizos nas condicións económicas máis vantaxosas ofertadas no mercado” ou, tamén, que as entidades adxudicadoras actúen con criterios “obxectivos, económicos e transparentes”. Propúgnase unha restitución de esa suposta finalidade orixinaria dos contratos públicos como reacción a unha situación na que os contratos públicos operan como “un instrumento privilexiado de intervención na vida económica e social e se puxeron ao servizo das políticas máis diversas. Tamén estes contratos foron utilizados como meio de política estrutural ou sectorial, tecnolóxica, social, rexional, ambiental, etc.”.*

Numerosos documentos comunitarios, con ton apoloxético variábel, poñen ben ás claras estes obxectivos: a política comunitaria en materia de contratación pública debe, en coordinación coas demais políticas comunitarias, impedir a segmentación do mercado europeo en mercados estatais ou rexionais e favorecer, correlativamente, a consecución de economías de escala a nivel europeo<sup>2</sup>; ou sexa, a concentración da produción, en detrimento das pequenas e medianas empresas locais e dos territorios periféricos e menos desenvolvidos da Comunidade.

Conforme coa escatoloxía neoliberal, este confinamento da acción pública ás súas funcións típicas<sup>3</sup> e o libre xogo das forzas económicas nun mercado único conducirán inescudibélmente ao benestar e á creación de emprego. Ao menos iso é o que a xustificación oficial do proxecto de construción europea afirma tanto en xeral<sup>4</sup> como a respecto da liberalización da contratación pública en particular<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Por exemplo, a Comunicación da Comisión ao Consello sobre os “*aspectos sociais e rexionais da contratación pública*”, de 22 de setembro de 1989 (DOCE nº C 311, de 12 de decembro de 1989, páx. 7 e ss.). Este documento fala eufemísticamente da “racionalización das estruturas de produción” que derivaría da organización da contratación pública dos Estados membros de conformidade coas Directivas e reconece que “a consecución do mercado interior da contratación pública fará inevitábeis unha serie de medidas de axuste e reestruturación”, como as experimentadas en certos sectores - equipamento ferroviario, telecomunicacións ou equipos electrónicos pesadas - nos que se desenvolveu un “importante proceso de reagrupamento”. Entende que este proceso, cuxas “consecuencias globais sobre a demanda e o nivel de emprego serán positivas”, pode ter consecuencias prexudiciais sobre determinadas “empresas, grupos e rexións” que, en todo caso, “só se manifestarán pasado certo tempo”. Máis recentemente, o Libro Verde “*A contratación pública na Unión Europea. Reflexións para o futuro*” (Comunicación adoptada pola Comisión o 27 de novembro de 1996), sinala que “desde el momento de entrada en vigor das Directivas de contratos públicos, prantexouse constantemente a viabilidade e a conveniencia de perseguir estes obxectivos sociais, tendo en conta as limitacións específicas que imponen as Directivas para evitar que perigüe a súa motivación esencial” (páx. 44), que non é outra que a indicada no texto, é dicir, “*criar as condicións de competencia precisas para que os contratos públicos sexan adxudicados sen discriminación, conseguir unha utilización racional do erario público por medio da elección da mellor oferta, facilitar ás empresas o acceso a un mercado único que ofereza extensas zonas de vendas, e reforzar a competitividade das empresas europeas como resultado de todo o proceso*” (páx. 4).

<sup>3</sup> Débese reparar, en calquer caso, en que o desapoderamento do Estado das súas funcións económicas non vai parello a unha atribución destas ás institucións comunitarias. Coincido con MONTES (cfr., “*El desorden neoliberal*”, Trotta, Madrid, 1996, páx. 125) na valoración crítica de tal proceso: “*Esa ambigüidade ou enfeblecemento institucional, cos Estados perdendo poder e resortes para intervir na economía sen os gañar nas instancias europeas, representa un claro retroceso histórico se se acepta que cumpre eliminar os efectos máis perniciosos do mercado na asignación dos recursos e na distribución do produto social*”. Tamén WARD (cfr., “*A critical introduction to European Law*”, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 1996) constata que “a idea de 1992 [refírese ao “horizonte 1992” marcado pola AUE para a consecución do mercado único] era ‘máis mercado’ e máis ‘Estado europeo’ e, en consecuencia, menos ‘Estado-nación’. Máis precisamente, a política económica da CE ameaza con castrar o Estado nación através dunha potencialmente contradictoria acomodación de ‘liberalismo e regulación’. Os conflitos que semellante política produciu durante os últimos anos oitenta pode ilustrarse en múltiples áreas. En primeiro lugar, houbo fusións e adquisicións que ... revelaron os problemas dun mercado non regulado en absoluto, coas grandes multinacionais devorando aos anteriores ‘campións nacionais’. Entre 1982 e 1989 houbo un 400% de incremento das adquisicións”.

<sup>4</sup> Por exemplo no informe da Comisión ao Consello e ao Parlamento Europeo de 30 de outubro de 1996, sobre o “*Impacto e eficacia do mercado único*”, que na súa valoración final, retrospectiva e prospectiva, sinala que “*do punto de vista económico, moitos dos beneficios esperados dun mercado sen fronteiras internas comezan a se faceren sentir, en termos de maior concorrencia entre as empresas, re-estruturación industrial, prezos máis baixos e maior posibilidade de elección para os consumidores. Aínda que o efecto económico global desta evolución fora, até agora, relativamente modesto en termos de crecemento económico adicional ou maior volume de emprego, está en marcha un proceso que producirá crescentes dividendos no futuro. As empresas estánse volvendo máis competitivas a nivel internacional, como se demonstra polo aumento do investimento estranxeiro na Unión. Igualmente, a estratexia das empresas europeas está a evolucionar, orientándose cara un mercado máis amplo*”. Máis adiante, no mesmo punto 5.5, sinalase que “*como se indicou no Pacto de Confianza, tirar o maior partido do mercado único constitúe o primeiro paso para a creación de emprego na Unión. O aumento da concorrencia provocado polos mercados liberalizados constitúe a chave da competitividade internacional que asegurará o benestar dos nosos cidadáns a longo prazo*” (o subliñado é meu). Porén, o propio informe houbo de recoñecer (cfr., punto 1.4) que “por varios motivos,

En calquer caso, son as mesmas institucións comunitarias as que teñen de recoñecer o evidente: que a posta en marcha do programa de liberalización dos contratos públicos produce consecuencias negativas para certos sectores e territorios, por máis que os tais prexuízos, segundo elas, sexan de carácter transitorio poisque, ao fin, “o logro dunha maior eficacia na contratación pública constitúe un obxectivo de grande importancia para o ben-estar económico da Comunidade”. Mesmo que así fose, chama poderosamente a atención que fronte profusión de estudos prospectivos que indefectíbelmente conclúen afirmando os beneficios que ha traer a consecución do mercado único e máis a liberalización a el inerente, a Comisión simplemente diga que os efectos, previsíbelmente negativos, que a política comunitaria de contratación pública vaia ter sobre certos sectores e territorios, resultan “difíceis de prever”<sup>6</sup>.

a evolución do emprego na Unión Europea foi desfavorábel nos últimos anos. As análises económicas indican, sen embargo, que o mercado único permitiu obter un nivel de emprego superior ao que existiría sen o mercado único. A diferenza sitúase entre os 300.000 e os 900.000 postos de traballo (sic). Sen embargo, estes efectos positivos foron escamoteados por condicións económicas desfavorábeis alleas ao mercado único” (é dicir, non se deben imputar á implantación do mercado único. Mais, en calquer caso, a excusa é tamén a confesión de que o mercado único non persegue como obxectivo a creación de emprego non tam pouco, por conseguinte, o benestar da maioría dos europeos e das europeas).

<sup>5</sup> No sentido indicado no texto o coñecido “informe Cecchini” que estimaba en varios billóns de ecus os custos decorrentes da non liberalización da contratación pública a nivel comunitario, consecuencia do aforro derivado dos menores prezos que as Administracións deberían pagar nun contexto concorrencial e do aumento da competitividade das empresas europeas. Estimacións similares realizáronse en Estados europeos extra-comunitarios para alentaren unha liberalización similar da contratación pública tanto a nivel interno como internacional. En concreto para a Suíza, CLERC (cfr., *“L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique”*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1997, páx. 22) dá conta dos estudos de SCHEIDIGGER e FELDER, quen estiman o aforro decorrente da tal liberalización nun 17% do gasto público comunal, cantonal e federal. A propia autora (cfr., op. et loc. cit.) salienta, en referencia ao sector da construción e das obras públicas suízos, que a abertura da contratación pública habería supór “unha aceleración do proceso de reestruturación en curso, envolvendo unha diminución do número de empresas así como un aumento do seu tamaño e da súa rendabilidade”. Na mesma dirección, ATKINS (cfr., *“The Costs of Non-Europe in Public Sector Procurement”*, Luxemburgo, OOEPEC, 1988, páx. 8 a 10), citado por COX (“Deregulation, Subsidiarity and the Single Market”, *Journal of Common Market Studies* nº 2/1994, páx. 128-129), informa dos pasos previstos pola Comisión no proceso de liberalización da contratación pública para recoller os frutos (aforros fiscais, competitividade das empresas europeas) prometidos: “Primeiro, argúmentase que a liberalización e abertura dos mercados nacionais protexidos de contratación pública conduciría a un efecto de prezo estático. Baixo este proceso, os fornecedores con prezos máis baixos, excluídos dos mercados nacionais por obra de regras de preferencia, obterían contratos e inmediatamente os custos de adquisición cairían. A seguir, habería un efecto de concorrència. As empresas haberían de afrontar unha competencia incrementada e, a medida que perdan os seus mercados protexidos, volveríanse máis eficientes e diminuirían os seus propios prezos através dunha maior competitividade. Finalmente, habería, a longo prazo, un efecto de re-estruturación. Ao se lles abriren ás empresas máis eficientes os mercados internos, produciríase un problema de sobrecapacidade. As empresas máis eficientes adquirirían, fusionaríanse ou destruírían ás menos eficientes, xerando unha racionalización da oferta no mercado único. Isto conduciría a empresas maiores, quen de xeraren economías de escala, incrementarían a súa produtividade e competirían como iguais cos máis eficientes produtores mundiais”.

<sup>6</sup> Íbidem, punto 16. Porque, como afirma o seguinte punto do documento, “ora as consecuencias globais sobre a demanda e o nivel de emprego sexan positivas, os efectos beneficiosos ou prexudiciais sobre as empresas, grupos ou rexións apenas se manifestarán pasado certo tempo”. O certo é que, como MONTES xa indicara acerca do proxecto de construción do Mercado Único contido na Acta Única de 1987 (cfr., *“La integración en Europa”*, Trotta, Madrid, 1993, páx. 129) “Do proxecto de construción do Mercado Único destacáronse as vantaxes para a produtividade e a redución de custos decorrentes da ampliación dos mercados e da súa homoxeneización e da liberdade de fornecimento, mais se omitiron as consecuencias da concentración da produción, que dará lugar á destrución de empresas e ao desmantelamento industrial e agrícola das rexións menos productivas, aumentando as desigualdades existentes entre os países e rexións menos productivas da Europa comunitaria”, porque, conclúe este autor, “a concentración da produción e os avances tecnolóxicos inherentes a todo o proceso, antes de propiciaren a converxencia real dos países e o desenvolvemento harmónico das súas rexións, tenderán a os afastar e facer máis acusados os contrastes entre as zonas ricas e as atrasadas”. Tamén WARD (cfr., op. cit.) incide nesta idcía, ao se facer eco das críticas feitas ao informe CECCHINI e ao cuestionar a súa tese básica: os gaños inherentes a unha competencia baseada nas economías criadas pola produción en escala que “simplesmente polariza, máis que libera ou espalla, o poder económico” (páx. 112) – e ao constatar as enormes, e crescentes, disparidades territoriais existentes na UE, mal mitigadas pola política rexional comunitaria (páx. 115-116).

## 2. Unha nova ordenación do procedemento de adjudicación

No que aos efectos deste traballo interesa, o Dereito comunitario implica procedementos de contratación máis obxectivos, en canto que máis transparentes e menos discrecionarios que os existentes dantes na inmensa maioría dos Estados membros<sup>7</sup>, culminando un proceso que, por motivacións diversas, xa se iniciara nalgúns deles<sup>8</sup>. Mesmo se contempla, chegando ao tope do automatismo na adjudicación dos contratos públicos, que estes verifiquen a meio de procedementos enteiramente electrónicos<sup>9</sup>.

No ordenamento español, a recepción do Dereito comunitario da contratación pública provocou unha clarificación das fases de preparación e adjudicación dos contratos das Administracións Públicas, particularmente no que afecta á neta diferenciación entre os criterios de exclusión e selección dos candidatos u oferentes - prohibicións para contratar e requisitos de capacidade e solvencia esixidos -, os criterios de adjudicación do contrato - relativos agora en exclusiva á oferta, ao obxecto contratual - e, por fin, as denominadas condicións contratuais que, sen operaren como criterios de adjudicación, impoñense ao adjudicatario e mesmo poden, caso de seren incumplidas, fundamentaren unha eventual resolución do vínculo contractual<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Así se manifestara xa BOQUERA nun traballo pioneiro ("Influencia de la Comunidad Económica Europea sobre los procedimientos de selección de contratistas de las Administraciones nacionales" *RAP* nº 29/1959), ao dicir "que por un camiño ou por outro, de forma máis ou menos delicada, chegarase a procedementos case automáticos de selección para evitar os proteccionismos nacionais" (páx. 425). Unha exposición dos sistemas de contratación dos Estados membros da Unión Europea en VINYOLES I CASTELLS, "La selección de contratistas en el context del mercat únic europeu", EAPC, Barcelona, 1993, páx. 40 e ss. ou tamén, aínda que centrada no sistema de concurso, en OLAZABAL CABRAL, "O concurso público nos contratos administrativos", Almedina, Coimbra, 1997, páx. 22 e ss.

<sup>8</sup> No caso da Franza, a meio da Lei de 29 de xaneiro de 1993, relativa á "prevención da corrupción e á transparencia da vida económica e dos procedementos públicos", que non por casualidade introduciu certas reformas no CMP e, en xeral, no réxime dos demais contratos públicos e semi-públicos (Unha valoración das innovacións introducidas por esta Lei e o concepto comunitario de concorrencia sobre o tradicional do Dereito francés en GUIBAL, "Droit public des contrats et concurrence: le style européen", *JCP* 3667/1993). No Estado español a transformación foi-se producindo máis que no nivel normativo - neste apenas cabería citar normas internas como as "Medidas para incrementar la transparencia en la contratación de obra pública", aprobadas polo MOPTMA en outubro de 1995, cuxo punto 1.1 alude expresamente á "potenciación da subhasta como forma de selección" - sobretodo no xurisprudencial).

<sup>9</sup> O xa citado Libro Verde de 1996 recolle esta previsión no seu punto 4.25 (baixo o xa expresivo título de "Sistema de contratación pública enteiramente electrónico"). Para a Comisión, "o emprego de procedementos electrónicos podería non só ampliarse para o cumprimento de todas as obrigacións actualmente impostas polas Directivas (eis, por exemplo, a de publicación), mais tamén, de maneira muito máis radical, a todo o resto das fases da adjudicación e da execución dos contratos públicos". Tais previsións, desenvolvidas nun documento posterior ("*A contratação pública na União Europeia*" COM(98)143 final, de 11 de marzo de 1998, páx. 21 e ss.), materializáronse xa parcialmente - sistema SIMAP para a elaboración e transmisión electrónica de anuncios de contratación, co que as institucións comunitarias tencionan responder ao colapso do sistema tradicional (publicación en papel no DOCE "S" e máis na base de datos TED) de publicación de anuncios de contratación - prevéndose tamén a curto prazo que outros documentos contractuais, en especial os pregos, sexan tamén accesíbeis electrónicamente.

<sup>10</sup> Como sinala MICHEL parafraseando a coñecida sentenza "Beentjes" de 20 de setembro de 1988, para o Tribunal de Luxemburgo, "a verificación da aptitude dos empresarios para executar as obras e a adjudicación do contrato, son dúas operacións diferentes no marco da celebración dun contrato público" (cfr., "La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrumente essential de leur ouverture á la concurrence", en *RMUE* nº 3/1994, páx. 164). Serva como mostra desta neta distinción entre criterios de admisión de licitadores e criterios de adjudicación do contrato, os pareceres da XCCA española números 11/98, de 30 de xuño, e 29/98, de 11 de novembro. No primeiro, négase a posibilidade de que un criterio como o da experiencia poda ser utilizado para a adjudicación dun contrato por concurso no sentido do art. 87 LCAP, xa que se trata dun meio xustificativo da solvencia das empresas e "a Dir. 93/36/CEE considera fases distintas e establece requisitos tamén distintos para a selección de fornecedores e a adjudicación do contrato, mencionando para a primeira fase, entre outros, o requisito de experiencia ou relación das principais entregas efectuadas nos tres últimos anos e para a segunda fase, unha serie de criterios obxectivos que, mesmo enumerados a título exemplificativo, nada teñen a ver coa experiencia, precisamente por vir este requisito

Tal clareza conceptual obedece á ordenación que do procedemento de contratación realizan as Directivas europeas, aumentando a transparencia do proceso ao delimitaren en qué momento poden ser valoradas as diferentes esixencias a que o órgano de contratación atende ao realizar a súa escolla entre os candidatos e adxudicar un contrato. Mais tamén, do punto de vista da concorrència, para impedir que dentro de cada un dos mencionados momentos “valorativos” as decisións se baseen en criterios ou condicións diferentes dos taxativamente enumerados nas Directivas. Así pois, o Dereito comunitario ordea as diversas fases do procedemento de contratación cun marcado carácter preclusivo.

Porén, aínda que tal transparencia mereza unha valoración positiva, menos consenso concita a imposibilidade – ou, cando menos, dificultade – de se teren en conta elementos e criterios de carácter social e non só estritamente mercantís na contratación pública, tal e como, a seguir, tentarei xustificar.

## II. CRITERIOS ADICIONAIS DE ADXUDICACIÓN

### 1. Conceito

Na xíria comunitaria denomínanse criterios adicionais de adxudicación aqueles que non se refiren estritamente ao obxecto ou ás condicións de execución do contrato, mais a outras consideracións de tipo ambiental, territorial ou social. E a cuestión levántase, en especial, a respecto dos criterios de carácter social, correctores ou alternativos ao rigor con que operan os criterios exclusivamente comerciais.

As lexislacións estatais adoitan prever reximes preferenciais para certos grupos (artesanato, cooperativas, etc.), para quen cumprisen ou se obrigasen a cumprir determinadas condicións (emprego de xovens, parados, minusválidos) ou, enfin, para os produtos dunha determinada procedencia (ben para protexer a produción estatal no seu conxunto, ben como contributo ao desenvolvemento dunha parte do territorio do Estado). Mais, como xa foi apuntado, a neutralidade económica pretendida pola UE para as políticas estatais de adquisición de bens e servizos, pasa por lles impór aos poderes adxudicadores - non sen grandes reticencias por parte destes<sup>11</sup> - unha mentalidade puramente empresarial, na que non teñan entrada consideracións como, por exemplo, a influencia que un determinado contrato ou práctica contratual poda ter para o desenvolvemento de certas zonas, o afortalecemento do tecido empresarial local ou a diminución do desemprego. Trátase de que os Estados deixen de contemplar a contratación pública como un instrumento máis de política económica.

A lexitimidade da inclusión de cláusulas sociais, ambientais e territoriais adquire, neste contexto, unha relevancia fundamental. Constitúe o campo de batalla entre o dogmatismo economicista que anima ás institucións comunitarias, nomeadamente á Comisión, e unha determinada concepción ética do que o Estado debe ser, íntimamente

---

*incorporado á fase de selección de contratistas*. No segundo, négase tamén claramente a posibilidade de que “a experiencia na realización de obras análogas” poda ser incluída como criterio de adxudicación nun concurso, na medida en que “a experiencia ... é requisito quen de xustificar a solvencia do empresario na fase de verificación da súa aptitude, mais non ser empregado como criterio de adxudicación do concurso incluído entre os enumerados no art. 87 LCAP”.

<sup>11</sup> Reticencia da que as institucións comunitarias son conscientes, como testemuña o Advogado Xeral Sr. LÉGER no asunto C-44/96 (“Mannesman”): “As autoridades públicas teñen unha natural tendencia, escasamente compatíbel co obxectivo de realización do mercado interior, a privilexiar ás empresas nacionais, preocupadas por preservar o emprego e favorecer o desenvolvemento económico no seu propio Estado” (parágrafo 46 das conclusións).

te imbrincada, cos seus claros e as suas sombras, cos últimos cincuenta anos de historia europea. E, por certo, consagrada nas Constitucións vixentes na grande maioría dos Estados membros.

O problema primeiro que levantan estes criterios adicionais estriba en que procuran o beneficio de terceiros - os parados, as PEMES, o medio ambiente - alleos ao contrato<sup>12</sup>, provecho de terceiros do que no se sigue unha vantaja directa - en sentido económico, comercial - para el poder adxudicador. A para a admisión destes criterios adicionais é, pois, que da súa aplicación resulte un gaño económico para a entidade contratante; en calquer outro caso, deben ser considerados incompatíbeis co Dereito comunitario e, por extensión, co art. 87 LCAP<sup>13</sup> que, en plena consonancia co disposto por aquel, enumera a título exemplificativo criterios concretos de adxudicación incluíbeis dentro do concepto xeral “oferta economicamente máis vantaxosa”, alternativo, como se sabe, ao do “prezo máis baixo”.

## 2. Criterios sociais

Á marxe dos criterios de adxudicación xerais, a Directiva 93/37/CEE (obras), pola súa parte, permite que a virtude de normas internas vixentes ao momento da súa entrada en vigor, se introduzan criterios preferenciais en favor de certos licitadores, “sempre que a normativa invocada sexa compatíbel co Tratado”<sup>14</sup>. A tal fin, a propia Directiva establece que estas normativas estatais deben se notificar á Comisión (art. 32.1) aos mesmos efectos previstos, cumpre entender, no art. 88 TCE (antigo art. 93), relativo ao control comunitario dos rexímenes estatais de subsidios públicos<sup>15</sup>, cárrega que se reforza coa obrigaion de remitir un informe anual á Comisión, descriptivo da súa aplicación.

Trátase, pois, dunha cláusula de *stand still*<sup>16</sup>; é dicir, tolera os rexímenes preferenciais xa existentes á entrada en vigor da Directiva mais profíbe a introdución de rexímenes novos ao igual que para las preferencias de carácter rexional ben que, neste caso, coa previsión dun período transitorio de aplicación.

Ademáis, o suposto de que parte o preceito alude a criterios distintos, alternativos a respecto dos xerais previstos na propia Directiva. Non se pode aplicar, sen preuízo de que deba ser analisada a súa legalidade comunitaria, a criterios que teñan

---

<sup>12</sup> Así se exprime BRÉCHON-MOULÈNES (cfr., “*Droit des Marchés Publics*”, Le Moniteur, Paris, 1994, III, 430, 5). De facto, no ordenamento francés, a doutrina e a xurisprudencia sustentan a chamada “instrumentalidade” dos contratos públicos, á luz do art. 1 CMP (así, CE 13 de maio de 1981, *Soc. Wanner Isofi Isolation*, ou as conclusións do Comisario Fratacci no asunto resolvido por *arrêt* de 10 de maio de 1996, *Fédération Nationale da Construction*). Quérese dicir que ao teren os contratos públicos unha finalidade de carácter instrumental - dotar á Administración dos medios materiais precisos para a súa actividade, consideracións distintas das directamente referidas á cualidade da prestación a que se obrigue o contratista serían extrañas ao tal carácter instrumental e, xa que logo, ilegais.

<sup>13</sup> Cfr., parágrafo 48 da Comunicación da Comisión ao Consello sobre “*Aspectos rexionais e sociais da contratación pública*” (DOCE nº C-311, de 12 de decembro de 1989, páx. 12). Literalmente, a Comisión entende que “quitado que se puiden demostrar que existen circunstancias concretas nas que a contratación de traballadores longo tempo desempregados puiden aumentar os beneficios económicos que puiden obter do contrato a entidade contratante, este criterio non resultaría compatíbel coa Directiva”.

<sup>14</sup> Cfr., art. 30.3º. Previsión que, por outra parte, non se contén en nengunha outra das demais Directivas xerais de servizos e fornecimentos.

<sup>15</sup> Caso de se consideraren estas medidas preferenciais axudas estatais, conforme coa noción ofrecida polo art. 87 (antigo art. 92) TCE, debe considerarse que ambos e dous deberes de comunicación poden seren cumpridos de simultaneamente. De todos modos, e na medida en que estes rexímenes preferenciais nen teñen destinatarios concretos nen, con carácter xeral, teñen por qué afectar ao comercio intracomunitario, será difícil realizar tal cualificación, por máis amplo que sexa o concepto de axuda pública acuñado pola xurisprudencia comunitaria.

<sup>16</sup> O mesmo que a establecida no art. 31 da Directiva para as preferencias de carácter rexional.

carácter adicional mais que non despracen, senón que apenas complementen, aos dous mencionados criterios xerais.

E, enfin, sempre que non veña expresamente limitada pola correspondente lexislación estatal, os poderes adxudicadores poden incluír criterios de adxudicación adicionais ou, mesmo, alternativos aos establecidos nas Directivas coa única condición de non seren incompatíbeis co ordenamento comunitario, en particular, coas liberdades comunitarias básicas<sup>17</sup>. Porén, a rotundidad do art. 87 LCAP obstrúe totalmente esta vía, ao menos no estado actual da lexislación española.

Partindo das anteriores precisións, pódese analizar a lexitimidad comunitaria de certas preferencias introducidas recentemente, tras da promulgación da Dir. 93/37/CEE, e que, por tanto, non estarían amparadas pola previsión contida no seu art. 30.3. Éste sería o caso das introducidas no Dereito francés, através do propio CMP e de disposicións “para-regulamentarias” en relación coa luta contra o desemprego e a exclusión social ou, no ordenamento español, a meio da DA 8ª da LCAP a prol das empresas que teñan en plantilla unha porcentaxe de minusválidos igual ou superior ao 2%<sup>18</sup>.

Medidas como as que se veñen de indicar son, por tanto, perfectamente lexítimas, aínda que non gocen da simpatía da Comisión<sup>19</sup>. En ambos supostos, trátase non de criterios alternativos, mais de criterios adicionais e subsidiarios a respecto dos xerais ou obxectivos<sup>20</sup>. Con efecto, o contido na DA 8ª da LCAP só opera, decidindo a adxudicación, “*sempre que as ditas proposicións igualem nos seus termos ás máis vantaxosas do punto de vista dos criterios obxectivos que sirvan de base para a adxudicación*”. Así pois, máis que criterio alternativo é un criterio adicional e subsidiario con relación aos xerais ou obxectivos – como, en concordancia co art. 87, os denomina a DA 8ª - fixados nos pregos, que apenas decidiría a adxudicación para o caso de que da aplicación

<sup>17</sup> Así o “*Livro Verde...*” de novembro de 1996, “sempre que se estendan sen discriminación algunha a todas as entidades comunitarias que apresentaren as mesmas características” (páx. 45), precisión que semella introducida expresamente para os rexímenes preferenciais establecidos no CMP francés a prol das cooperativas obreras, dos artesáns ou das cooperativas de artesáns e artistas e das agrupacións de produtores agrícolas (art. 62 a 73).

<sup>18</sup> Acerca do alcance desta DA 8ª, sinala XCCA (cfr., parecer 44/98, de 30 de xuño de 1998) que “*malia a súa aparencia, é bastante limitado, xa que non hai que esquecer que a preferencia que establece éo para o suposto, nos concursos, de proposicións iguais do punto de vista dos criterios obxectivos que sirvan de base para a adxudicación*”, engadindo que a súa toma en consideración depende de que as empresas acrediten o seu cumprimento no momento de probaren a solvencia técnica, “*resultando obvio que a empresa que non realizar tal acreditación ficará excluída da adxudicación preferente no caso de igualar ás demais ofertas máis vantaxosas*”. A respecto doutras consideracións sociais, o criterio da JCCA é, aínda, mesmo máis estrito que o das institucións comunitarias (que, como xa foi indicado, permiten a súa aplicación a aqueles contratos non incluídos dentro do campo de aplicación das Directivas. Cfr., “*Livro Verde...*” cit., punto 5.43) tal e como testemuña o parecer 11/99, de 30 de xuño: “*... o índice, cláusula ou aspectos relativos á sinistralidade laboral nas empresas non poden seren tomados en consideración, nen como requisitos de solvencia técnica, nen como criterios de adxudicación do concurso nos contratos de obras ao se opór a tal a Dir. 93/37/CEE e a interpretación xurisprudencial da mesma realizada polo TXCE e máis pola propia LCAP*”.

<sup>19</sup> E tampouco da XCCA. No parecer 11/99, citado na nota precedente, este órgano permítese realizar consideracións que exceden do ámbito das súas funcións establecendo que “*mesmo prescindindo dos atrancos que o Dereito comunitario e a lexislación española de contratos das Administracións Públicas supoñen para a admisión destas cláusulas como requisito de solvencia técnica ou como criterio de adxudicación do concurso, a súa aplicación práctica, canto á súa estimación e ponderación, estaría inzada de dificultades*”. Dificultades, por outra parte, non menores que as inherentes a criterios como o da cualidade. En calquer caso, a Lei 53/1999, de 28 de decembro, de reforma da LCAP desautoriza á XCCA ao incluír, animado polo CES e respaldado xuridicamente polo Consello de Estado, requisitos sociais relativos ao grao de estabilidade no emprego da plantilla da empresa, como condicións de solvencia técnica nos art. 17 a 19 LCAP.

<sup>20</sup> “*Comunicación sobre as consecuencias sociais...*”, cit. En relación coas PEMES propón un catálogo de medidas que non contemplan, en ningún caso, a introducción de calquer réxime de preferencia.

de aqueles resultar un empate entre dúas ou máis ofertas. En conclusión, cabe sustentar que a previsión contida na DA 8ª LCAP non se ve atinxida pola cláusula limitativa prevista no art. 30.3º da Dir. 93/37/CEE<sup>21</sup>.

De calquer xeito, a introdución de novos rexímenes preferenciais á parte do expresamente contemplado na DA 8ª LCAP só se podería realizar através dunha norma con rango de lei. O silencio da LCAP neste punto debe interpretarse, atendidos os tallantes termos en que se exprime o art. 87 LCAP, como prohibición e límite, a estes feitos, da liberdade de pactos afirmada no art. 4 da propia Lei e, máis en xeral, dunha eventual intervención regulamentaria<sup>22</sup>.

### 3. A Lei 53/1999, de 28 de decembro, de reforma da LCAP.

Desta Lei 53/1999, máis que o texto final da reforma interesa o iter seguido até a súa aprobación. E, dentro deste, máis que o parlamentario, o seguido polo ante-proxecto xa que neste, órganos como o CES ou o Consello de Estado apoiaron sern reservas a conveniencia e a legalidade, respectivamente, da introdución de criterios de adjudicación de tipo social na contratación pública.

O parecer do CES, de 27 de mayo de 1998, contén unha afirmación tan lóxica como infrecuente: “*Os criterios conforme aos cais se verifica a adjudicación do contrato coa Administración non deben limitarse a unha mera consideración orzamental, senón que teñen de vir integrados co conxunto de políticas que perseguen os poderes públicos*”. A seguir e, todo sexa dito, sen demasiada precisión técnica sobretudo se se repara en que estas consideracións realizáronse como “observacións” ao art. 87 LCAP,

---

<sup>21</sup> O mesmo se diga, parcialmente, a respecto dos rexímenes preferenciais contemplados no CMP francés, pois só supoñen a adjudicación a favor das referidas categorías especiais de oferentes “*à égalité de prix ou des offres jugées équivalentes*” (art. 62 e 70) ou “*à soumission égale*” (art. 66), segundo se trate dunha *adjudication* ou dun *appel d’offres*, procedimentos que se corresponden, en liñas xerais, coa subhasta e o concurso regulados na lexislación española. Mais, só parcialmente, xa que os referidos rexímenes de preferencia envolven tamén a reserva dunha porcentaxe de contratos a favor destes grupos de oferentes - no suposto de contratos fraccionados, ao menos 1/4 dos lotes resultantes han de ser adjudicados a sociedades cooperativas obreiras ou de artesáns (art. 63 e 70). Supostos similares de reserva só se recollen, no Dereito español, na lexislación especial. Así por exemplo, en materia de xogo, o art. 26.b) do Regulamento de Máquinas Recreativas e de Azar (OM de Interior, de 3 de abril de 1979) a teor do cal “o Ministerio do Interior poderá encomendar a expedición e inserción da Placa (de identificación das máquinas A e B) á Asociación ou Asociacións que se constituán no sector e que oferezan garantías suficientes de funcionamento” (sancionando a conformidade a Dereito dunha adjudicación directa realizada a favor dunha asociación empresarial ao abeiro deste preceito, vid. S.TS de 15 de xullo de 1986, Sala 4ª, relator Martín del Burgo y Marchán. Ar. 5102).

O Dereito francés da contratación pública ofrece dous exemplos recentes de cómo os contratos públicos poden seren empregados para conseguir outros obxectivos de política económica e social: as Circulares de 29 de decembro de 1993 e a de 14 de decembro de 1995. A primeira das citadas tenciona introducir un criterio adicional de adjudicación, relativo ao emprego e á integración social, que en ningún caso pode compensar desvantaxes advertidas nos demais criterios de adjudicación ou nas garantías financeiras ou doutra índole apresentadas polo oferente nen tampouco pode ser utilizado como meio de preferencia local ou de discriminación de empresas orixinarias doutros Estados comunitarios ou signatarios do GATT. Sen embargo, para o Consello de Estado francés, as mencións relativas a este criterio adicional de carácter social que se podan incluír nos anuncios de licitación ou nos pregos de contratación, non teñen outro valor que o dunha declaración de intencións que en ningún caso pode substituír os criterios de adjudicación - de carácter comercial - previstos no CMP (cfr., considerando 4º do *Arrêt* de 10 de maio de 1996).

<sup>22</sup> En claro contraste co ordenamento francés no cal, quizais polo carácter en parte regulamentario do CMP, é usual a introdución de criterios adicionais através de normas regulamentarias de ínfimo rango, como Circulares e Instrucións (sobre a cuestión, vid. MORENO, “Des Circulaires et du Droit des Marchés Publics”, *Quotidiane Juridique*, 15 de agosto de 1996, páx. 7 e ss. e as apontamentos de MALJEAN DUBOIS ao *arrêt* do Consello de Estado de 10 de maio de 1996, “Fédération Nationale des Travaux Publics”, en *AJDA* nº 2/1997, páx. 197 e ss.).



postula o informe que *“fins como a promoción do emprego, a seguranza e a saúde dos traballadores, a estabilidade no emprego, a contratación con empresas de economía social, ou aspectos medio-ambientais son factores que deben poder ser empregados para avaliar a solvencia e cualidade das ofertas de contratación”*. Acrescentando que, en definitiva, a inclusión no art. 87 dunha *“cláusula social que poda ser valorada xunto cos demais criterios no propio prego: o número de postos de traballo na actividade contratada, a adopción de medidas de seguranza no traballo, a condición de empresa de economía social, a adopción de medidas de protección do medio ambiente e a acreditación dun certo nivel de contratación estábel na obra ou servizo contratado”*<sup>23</sup>.

O Consello de Estado, pola súa parte<sup>24</sup>, axuizando as observacións do CES afirmou que *“non semella existir inconveniente nengún en establecer novos criterios obxectivos de adxudicación que permitan ter en conta outros factores como a estabilidade no emprego, o carácter indefinido dos contratos laborais ou a protección do medio ambiente”*<sup>25</sup>.

O texto finalmente aprobado polas Cortes españolas, máis introducir algunhas modificacións no art. 87 LCAP, non contempla “cláusula social” algunha na fase de adxudicación do contrato. Faino nos preceitos relativos á solvencia técnica, art. 17 a 19, através da mención, non obrigatoria para os órganos de contratación, do “grao de estabilidade no emprego do persoal integrado na empresa”. Mais, neste lugar, as consideracións sociais perden grande parte da súa eficacia, xa que a valoración que nesta fase se realiza das características das empresas é – salvo, e mesmo así con matices, para o procedemento negociado – de mínimos (admitido ou excluído) e non de óptimos como acontece na fase de adxudicación, máxime cando a propia esixencia é de carácter gradual e relativo (“grao de estabilidade no emprego”).

De todos os modos, e transitando polo camiño indicado polo alto órgano consultivo español, os órganos de contratación poden introducir nos pregos, para decidir a adxudicación, criterios de carácter social. Ao menos para os contratos excluídos – pola súa contía ou polo seu obxecto – da disciplina comunitaria<sup>26</sup> e mentres a Comisión e o

<sup>23</sup> Estas recomendacións non mereceron a unanimidade do Pleno do CES. En concreto, o grupo segundo formulou un voto particular xustificando a oposición á tal cláusula social pola indefinición do que se deba entender no ordenamento español por “empresa de economía social”, pola dubidosa compatibilidade da mesma co Dereito comunitario da contratación pública e, enfin, porque “se ben as novas técnicas poden chegar a producir unha inecesariedade de máis de obra directa, non é menos certo que na produción e creación destas técnicas emprégase outra máis de obra cualificada, que se podería ver seriamente prexudicada pola concesión de preferencias a outros sectores de traballadores”.

<sup>24</sup> Parcer 4464/98, de 22 de decembro de 1998.

<sup>25</sup> O informe transcribe outro anterior de 19 de novembro de 1998, relativo ao proxecto de Decreto polo que se establecen certas medidas de contratación administrativa para a Comunidade de Madrid, no que se aposta con igual nitidez pola legalidade deste tipo de consideracións sociais: *“a lectura deste artigo [art. 87 LCAP] fai ver que os criterios que poden sentarse nos concursos para a adxudicación do contrato son variábeis e acomodábeis a cada caso e ademais non prohiben que unha Comunidade Autónoma que – como a de Madrid – teña asumido competencias lexislativas en materia de contratos, faga uso, dentro do marco da lexislación básica, da súa facultade normativa, como agora o fai, sen contravir as bases da regulación para todo o Estado, para establecer criterios obxectivos de adxudicación dos contratos públicos, como os indicados no presente proxecto de Decreto. Criterios estes que, polo demais, non deixan de seren obxectivos nen de estaren referidos á oferta máis vantaxosa para os intereses públicos, porque unha das posibles manifestacións de seriedade e fiabilidade dunha empresa pode ser precisamente a estabilidade e cualidade dos contratos que ofrece aos seus empregados, que ben pode ser un criterio obxectivo para a adxudicación”*.

<sup>26</sup> Posibilidade expresamente recoñecida no Livro Verde de 1996, punto 5.43: *“... para os contratos inferiores aos límites de aplicación das directivas, os órganos de contratación poden incluír nos criterios de adxudicación preferencias de carácter social, sempre que se estendan, sen discriminación algunha, a todas as entidades comunitarias que apresentaren as mesmas características”*.

Tribunal de Xustiza non corrixan a estricta doutrina “Beentjes” que, tímidamente, dá a impresión de comezar a ser revisada.<sup>27</sup>

### III. CONDICIÓNS CONTRATUAIS. AS “CONDICIÓNS SOCIAIS NON DISCRIMINATORIAS”.

Se a relación de prohibicións para contratar recollida nas Directivas e máis na LCAP debe considerarse unha enumeración fechada e se a xurisprudencia comunitaria - e a española máis recente - impeden considerar como criterios de adxudicación os de carácter puramente social ou territorial, a atención a estas finalidades debe necesariamente relegarse ao ámbito das condicións contratuais ou obrigacións do adxudicatario decorrentes dun contrato xa afeiteado.

A diferenza entre as nocións de criterio e condición ou obrigación contractual atende principalmente á sanción prevista polo ordenamento para o caso de incumprimento: no primeiro a non adxudicación do contrato, no outro - eventualmente - a súa resolución<sup>28</sup>.

O confinamento a este ámbito das consideracións extra-comerciais (ambientais ou sociais) foi decidido polo TXCE na sentenza “Beentjes”. Ou, por mellor dicir, foi inferido pola doutrina e a Comisión desta sentenza.

Con efecto, para esta sentenza de 22 de setembro de 1988, o emprego polo contratista de traballadores en paro prolongado sería unha “condición específica adicional” que, como tal, por non se corresponder co obxecto típico do contrato de obras, “debe obrigatoriamente ser mencionada no anuncio do contrato”<sup>29</sup>.

A Comisión<sup>30</sup> acuña esta expresión de “condicións contratuais non discriminatorias”, tras unha re-interpretación da xurisprudencia “Beentjes”. Toma como punto de partida a resposta que nesa ocasión deu o Tribunal de Xustiza á cuestión formulada polo Tribunal holandés - lémbrese: a condición de empregar para a execución da obra traballadores en situación de paro de longa duración e inscritos na oficina rexional de emprego é compatíbel co Dereito comunitario se non atenta contra as liberdades comunitarias básicas discriminando aos empresarios doutros Estados, determinación que corresponde realizar, en cada caso concreto, aos tribunais internos - para, apartir dela, estudar (a) qué outros obxectivos lexítimos poden ser procurados através destas “condicións contratuais non discriminatorias”, (b) qué límites existen para a inclusión destas condicións e (c) se estas constiúen instrumentos eficaces de política rexional.

---

<sup>27</sup> Compárese, senón, o mencionado Livro Verde de 1996 coa Comunicación “A Contratación pública na Unión Europea”, de 11 de marzo de 1998 [COM(1998) 143 final]. O que no primeiro era ortodoxia devén no segundo tímida abertura, ao se facer nel referencia ás “accións positivas” realizábeis através da contratación como “por exemplo, a constitución dun mercado cautivo para un obradoiro protexido, o cal non sería quen de facer fronte á competencia de empresas comerciais clásicas cun nivel de produtividade normal”, o que supón - se é que a escuridade da pasaxe transcrita non engana - admitir a legalidade de preferencias mesmo máis ambiciosas que a contida na DA 8ª LCAP. Conclúe a Comisión animando aos Estados “a que utilicen a súa influencia como compradores públicos para procuraren os obxectivos sociais anteriormente mencionados [protección do emprego, seguranza laboral, promoción da igualdade entre xéneros, etc.]”, e comprometéndose a “actuar de maneira análoga nos seus procedimentos de contratación”.

<sup>28</sup> Por máis que, como xa foi indicado, un achegamento realista poña de relevo a proximidade práctica entre ambas categorías. Do punto de vista da concorrência, as dúas posúen a mesma capacidade disuasoria e de selección dos licitadores.

<sup>29</sup> Cfr., punto 37.

<sup>30</sup> Cfr., Comunicación ao Consello de 22 de setembro de 1989, sobre os aspectos sociais e rexionais da contratación pública (DOCE nº C-311, de 12 de decembro de 1989, páx. 11 e ss.).

a) Á primeira cuestión contesta o Tribunal dicendo que non hai inconveniente en que através desta caste de cláusulas se persigan obxectivos sociais distintos do examinado na sentenza “Beentjes”, como a luta contra o paro xuvenil, a formación profesional ou, aínda, a supresión da discriminación laboral por motivos de raza ou de xénero. Entende a Comisión que os organismos contratantes son libres para incluíren este tipo de condicións nos seus proxectos de contrato, aínda que tamén os Estados membros son, á súa vez, libres tamén para “*limitaren as posibilidades de que os organismos de contratación se centren en obxectivos deste tipo*”<sup>31</sup>.

b) Canto aos límites para a aplicación destas condicións, aínda lembrando a distinción elaborada polo TXCE entre criterios de adxudicación, criterios de selección de empresas e condicións contratuais, advirte a Comisión que “*nalgúns casos, as condicións contratuais poden afectar a cuestións relativas aos criterios de selección e importantes no momento da adxudicación*”<sup>32</sup>, por exemplo se “*a disposición por parte dos concursantes para contratar traballadores longo tempo desempregados se convertiren nun dos criterios para determinar a oferta economicamente máis vantaxosa, e aínda que a obrigação de empregar o número de traballadores en paro indicado na oferta se exprimir baixo a forma dunha condición contractual, prantexaríanse problemas co art. 29 da Directiva sobre obras públicas*”, que enumera os dous criterios alternativos de adxudicación dos contratos públicos.

Por outra parte, seguindo o establecido polo Tribunal de Xustiza, o documento lembra que a admisibilidade de tais condicións depende de que non atenten contra o principio de non discriminación por razón da nacionalidade, como resultaría de se impedir ou se dificultar, de facto, o concurso de empresas estranxeiras<sup>33</sup> ou, e esta perspectiva é unha novidade introducida pola Comisión, se discriminar aos traballadores nacionais fronte aos dos demais Estados comunitarios a meio de cláusulas relativas ao respeito de determinados estándares laborais, ao emprego de persoas procedentes de cursos de formación, etc.<sup>34</sup>.

c) E, por fin, a cuestión de se estas cláusulas contratuais constitúen un instrumento eficaz de política social, merece para a Comisión unha resposta afirmativa, aínda que sexa con matices: “*... as condicións contratuais constitúen un instrumento que, cando existe unha oferta segura de man de obra, como acontece cos mozos desempregados ou os parados de longa duración, pode utilizarse no proceso de re-inserción destes últimos no mundo do traballo*”<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Cfr., doc. cit., parágrafo 46.

<sup>32</sup> Cfr., doc. cit., parágrafo 48.

<sup>33</sup> Cfr., parágrafo 49. A continuación, o documento achega algúns exemplos de condicións non discriminatorias - así, simplemente empregar parados - e discriminatorias - v.gr., empregar parados residentes nunha determinada zona -, así como tamén de condicións “dubiosas” - por exemplo, contratar traballadores en paro inscritos na oficina de emprego dunha determinada zona (vid. parágrafos 50 e ss.).

<sup>34</sup> No ámbito da formación, considérase discriminatoria a condición de empregar traballadores procedentes de programas nacionais de formación, fronte a outra que, simplemente, obrigue a empregar traballadores procedentes de programas de formación máis sen indicar a nacionalidade (parágrafo 56). No da igualdade de oportunidades, considérase que a condición de empregar unha determinada porcentaxe de mulleres ou de persoas pertencentes a outras categorías ou grupos, sen indicación de nacionalidade, tamén non parece levantar problema algún sen prexuízo, cabería engadir, da evolución da xurisprudencia “Kalanke” do TJCE (parágrafo 57). E, finalmente, no das condicións de traballo, a Comisión entende que o único problema pode surxir da tentación de aplicar as condicións de traballo vixentes nun país a persoas que traballen no territorio doutro Estado membro (tal e como acontecería no caso de se esixir un determinado estándar laboral nos contratos de fornecimentos).

<sup>35</sup> Cfr., parágrafo 64. Os matices que se indican no texto teñen a ver con apreciacións interesadas da Comisión, relativas á elevada litixiosidade que estas cláusulas poderían provocar (cfr., parágrafo 63). Como solución preventiva, en aras da seguranza xurídica dos licitadores e dos poderes adxudicadores, o documento aconsella “discutílas coa Comisión previamente, para esta poder garantir (sic) a súa lexitimidade” (cfr., parágrafo 64).

Pola sua parte, os autores adoitan limitarse á glosa do xa dito nestes documentos comunitarios. As críticas limitáanse a pór de manifesto algunhas incongruencias ou insuficiencias advertidas no sistema mais sen pór en cuestión, de nengún modo, as bases do mesmo<sup>36</sup>, quitadas mui contadas excepcións<sup>37</sup>. No ordenamento español nen sequer recebeuse este conceito de “condicións contratuais non discriminatorias”, como testemuña un recente parecer da XCCA<sup>38</sup>.

Mais a continua preponderancia dos obxectivos puramente económicos ou comerciais excepciónase – e non por casualidade – cando a proverbial febleza da política social comunitaria afecta ao funcionamento do mercado único. Máis en concreto, cando a grande disparidade existente entre as condicións laborais vixentes nos Estados membros – acentuada tras do ingreso de Grecia, Portugal e do Estado español – unida ao deslocamento temporal de traballadores no marco dunha prestación transnacional de servizos produce fenómenos que, sen dúbida nengunha, ben se poden cualificar como *dumping social*<sup>39</sup>.

Así, por exemplo, pode cualificarse o asunto analisado na S.TXCE de 27 de marzo de 1993<sup>40</sup>. “Rush Portuguesa”, empresa de construción radicada en Portugal e suxeita á lexislación social dese país participa, como subcontratista da empresa francesa adxudicataria, na execución dunha liña férrea no oeste de Franza para o cal se despraza ao lugar da obra cos seus propios traballadores. Ao non ter solicitado das autoridades laborais francesas os correspondentes permisos de traballo, a *Office National d’Immigration* reclamou da compañía o pagamento dunha “contribución especial por ter empregado traballadores estranxeiros, en contravención do disposto no *Code du travail*”<sup>41</sup>, ao que esta respondeu que a lexislación francesa invocada era contraria aos art. 49 e 50 (antigos art. 59 e 60, respectivamente) TCE, reguladores da liberdade de pres-

<sup>36</sup> Así por exemplo, LEE (cfr., “*Public Procurement ...*”, cit., páx. 161) salienta que a sentenza “Beentjes” non aborda a eventual violación da liberdade de circulación de traballadores eventualmente decorrente da inclusión de cláusulas como a analizada nese suposto.

<sup>37</sup> Para WARD (cfr., “*A critical introduction ...*”, cit., páx. 149) porén, a sentenza “Beentjes” é revulsora de que “*cando un dereito social é percibido como ameaza, mesmo que sexa remota, a un obxectivo económico, daquela é éste último o que prevalece*”. Considera este autor que na sentenza “*o Tribunal permitiu a un contratista evadir previsións comunitarias destinadas a axudar aos parados de longa duración, para protexer a liberdade contratual no ámbito da contratación pública ... A livre circulación de traballadores só é libre na medida en que non custe cartos*”.

<sup>38</sup> Cfr., parecer 31/99, de 30 de xuño de 1999. Considera a JCCA que “*a subrogación dunha empresa nas relacións laborais doutra é cuestión cuxa posibilidade debe ser resolvida de conformidade coa lexislación laboral, en concreto determinando se resulta aplicábel ao suposto de feito o art. 44 ET, ou, en seu caso, dos respectivos convenios colectivos, sen que nada ao respecto teñan que establecer os pregos de cláusulas administrativas particulares, pois a posibilidade de subrogación en relacións laborais non se pode configurar nen como requisito de capacidade ou solvencia, nen como criterio de adxudicación do contrato, extremos que son os que deben ser obxecto de determinación nos citados pregos de cláusulas administrativas particulares*”. Evidentemente, o órgano consultivo descoñece a posibilidade de que, á marxe das condicións de capacidade e solvencia e dos criterios de adxudicación, os pregos fagan referencia tamén a estas condicións sociais. Outra cousa sería que a argumentación da Xunta xirase arredor do carácter discriminatorio desta cláusula de subrogación, á luz da liberdade de prestación de servizos, como nun informe anterior de 16 de decembro de 1998 (nº 44/98) no que, analisando se poden operar como criterios de adxudicación nos concursos os relativos ao grao de estabilidade laboral da empresa e máis a de que o contrato se execute directamente por persoal da empresa, considera a XCCA que cumpre “*para que excepcionalmente se podan establecer outras condicións [por tanto, para alén das relativas ás propias ofertas ou ao obxecto do contrato, ex art. 87 LCAP e concordantes das Directivas europeas], que non produzan efectos discriminatorios a respecto doutros empresarios orixinários dos restantes Estados membros da UE, debéndose destacar, como exemplo significativo do exposto, o contido na DA 8ª da LCAP*”.

<sup>39</sup> Neste sentido, WARD, “*An introduction ...*”, cit., páx. 149, nota 9, con relación ao caso estudado na S.TXCE “Rush Portuguesa”.

<sup>40</sup> As. C-133/89, “Rush Portuguesa”, Rec. I-1439.

<sup>41</sup> Ponto 3.

tación de servizos, dotados de eficacia directa. Submetida a cuestión ao *Tribunal Administratif* de Versailles, este formulou cuestión prexudicial perante o TXCE para dilucidar, entre outros extremos, se o dereito dunha empresa portuguesa a prestar servizos no territorio comunitario, podía subordinarse a unha lexislación interna que impuxese a contratación de trabaxadores *in situ*, a obtención de permisos de traballo ou o pagamento de taxas ás autoridades de inmigración.

A complexidade do asunto, agravada pola aplicabilidade das disposicións transitorias da Acta de Adesión relativas á libre circulación de traballadores<sup>42</sup>, explica a disparidade existente entre as alegacións das partes tanto entre si<sup>43</sup> como a respecto da solución adoptada polo Tribunal. Este por unha parte, estableceu que

*“Os art. 59 e 60 do Tratado opoñen-se ... a que un Estado membro proíba a un prestador de servizos establecido noutro Estado membro deslocarse livremente polo seu territorio con todo o seu persoal, ou a que o dito Estado membro submeta o desprazamento do referido persoal a condicións restritivas como a de contratación de traballadores in situ ou a obrigaón de ser titular dun permiso de traballo. Pois, con efecto, “o feito de impór tais condicións ao prestador de servizos doutro Estado membro discriminao con relación aos seus competidores establecidos no país de acollida, que se poden servir livremente do seu propio persoal, e afecta ademais á súa capacidade para levar a cabo a prestación”<sup>44</sup>.*

Sen embargo, e é aquí onde radica a relevancia da sentenza, o Tribunal tamén recoñeceu que *“o Dereito comunitario non se opón a que os Estados membros estendan a súa lexislación, ou os convenios colectivos de traballo celebrados polos interlocutores sociais, a toda persoa que realice un traballo por conta allea, aínda que sexa de carácter temporal, no seu territorio, con independencia de cal for o país de establecemento do empresario”<sup>45</sup>*. Apartir deste pronunciamento iniciáronse os traballos da Comisión que culminaron coa aprobación da Dir. 96/71/CE, do Parlamento e do Consello, de 16 de decembro de 1996, reguladora do desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos<sup>46</sup>.

Esta Directiva, xa integrada no ordenamento español, ordea que aos traballadores desprazados temporalmente a outro Estado membro no marco dunha prestación de servizos se lles apliquen as condicións laborais vixentes no Estado en que se realice a

<sup>42</sup> Art. 215 que, en síntese, determinaba que até o 31 de decembro de 1993, non fosen de aplicación a Portugal as normas comunitarias relativas á libre circulación de traballadores.

<sup>43</sup> O goberno francés entendía que a liberdade de prestación de servizos, que ten como suxeito ás empresas, non se opón a que os empregados destas deban submeterse ás disposicións laborais vixentes no Estado de prestación, en particular as relativas ao traballo temporal. Por contra, o goberno portugués consideraba que a libre prestación de servizos implica que sexa a lexislación do Estado onde a empresa está establecida a aplicábel aos seus traballadores, de modo que calquer condición restritiva do uso dos propios traballadores da empresa limita a liberdade de prestación de servizos da que é titular. A Comisión, polo seu lado, situouse nunha posición intermedia, distinguindo entre aqueles traballadores que, pola súa especial situación na empresa, asócianse coa liberdade de prestación de servizos (persoal directivo, persoal técnico especializado) daquel que non. Finalmente, o Advogado Xeral, Sr. Van Gerven acolle, basicamente, a distinción preconizada pola Comisión, considerando tamén que a lexislación francesa en causa pode estar xustificada en termos de interese xeral xa que as restricións que introduce poden, r obxectivamente, seren necesarias para protexer un interese asumíbel do punto de vista comunitario.

<sup>44</sup> Ponto 12 da sentenza. En realidade, e aí radica o punto feble da argumentación do Tribunal e toman pé as acusacións de *dumping* social, se se trata de persoal laboral temporal, as discriminadas serían, neste caso, as empresas francesas cuxo persoal desfruta dun réxime social superior, de todos os puntos de vista, ao aplicado na empresa portuguesa.

<sup>45</sup> Ponto 19.

<sup>46</sup> Un completo comentario crítico dos traballos preparatorios desta Directiva en BERCUSSON, *“European Labour Law”*, Butterworths, London, 1996, páx. 403 e ss.

prestación en materia de tempo de traballo e ferias, retribucións, seguranza e hixiene no traballo, protección das mulleres grávidas e igualdade de trato entre xéneros<sup>47</sup>, sen prexuízo de que se apliquen as condicións vixentes no Estado no que o traballador realice habitualmente o seu traballo se éstas resultan ser máis favorábeis<sup>48</sup>.

Para os pregos de contratación, esta Directiva dispón que neles se mencionen, se non as condicións laborais vixentes no Estado de realización da prestación, sí, ao menos, dos “centros de enlace” ou das “instancias nacionais competentes”<sup>49</sup> para informaren acerca das mesmas. Deste modo, complétanse outras mencións obrigatorias<sup>50</sup> tais como, no Dereito español, o estudo básico de seguranza e saúde no traballo imposto, para os contratos de obras, polo RD 1627/1997, de 24 de outubro<sup>51</sup>.

---

47 Art. 3.1º.

48 Art. 3.7º.

49 Dacordo coa terminoloxía empregada no art. 4.1º da Directiva e que, no caso español, segundo o previsto no art. 7 do proxecto de Lei será “a autoridade laboral do territorio onde se vaian prestar os servizos en España”.

50 Obligatoriedad derivada da remisión contenida en el art. 124.1º.f) LCAP a “cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario”.

51 BOE nº 256 de 25 de outubro.