

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Les millores salarials com a criteri d'adjudicació: darrers pronunciaments doctrinals

18-10-2021

Des de l'inici d'aquest espai temàtic hem fet èmfasi en la visió estratègica de la contractació pública (vegeu [aquest apunt](#)), que deriva de l'aprovació de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública. També hem anat insistint en el fet que una de les novetats que ens porta la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), és un canvi de filosofia en el sentit de deixar de veure els contractes públics com una despesa per passar a veure'ls com una inversió, i reorientar la contractació pública perquè sigui una eina per planificar i dissenyar la inversió de manera que cobreixi al mateix temps les necessitats que pugui tenir el sector públic i les demandes de la societat. Per fer-ho, la LCSP inclou una sèrie de mesures ambientals i socials per fomentar la innovació i les pimes.

Ens centrarem en les mesures socials i, més concretament, en un criteri d'adjudicació controvertit, el de les millores salarials, per tal d'analitzar, finalment, alguns pronunciaments dels òrgans administratius de resolució de recursos especials en matèria de contractació.

Els criteris de valoració com a clàusula social. Requisits

Per "**clàusula social**" la doctrina entén tota disposició inclosa en un contracte públic en virtut de la qual la part prestadora del servei (licitadora-contractista) assumeix, com a condició d'accés (**requisits de solvència**), de valoració per a l'adjudicació (**criteris d'adjudicació**) o d'execució (**condicions especials d'execució**), el compromís de complir determinats objectius de política sociolaboral.

Aquesta visió estratègica de la contractació pública, que dona valor a aquesta visió de la contractació com a eina per fer efectives altres polítiques socials o laborals, es plasma, per exemple, en l'article 145 a l'hora de definir els requisits i les classes de criteris d'adjudicació dels contractes públics. Així, l'article estableix que l'adjudicació dels contractes s'ha d'efectuar utilitzant una pluralitat de criteris d'adjudicació: la **millor relació qualitat-preu**; que aquesta relació qualitat-preu s'avalui d'acord amb **criteris econòmics i qualitatius**, i que els **criteris qualitatius** poden incloure aspectes mediambientals o socials, vinculats a l'objecte, entre els quals s'esmenten les **característiques socials del contracte** que es refereixin, entre d'altres, a les finalitats de **millora de les condicions laborals i salarials**.

Si bé l'article 122 imposa a les empreses adjudicatàries d'un contracte públic el compliment de les condicions salarials dels treballadors conformement al conveni col·lectiu sectorial aplicable, l'article 145 va més enllà i permet, expressament, la possibilitat d'establir per avaluar la millor relació qualitat-preu un **criteri d'adjudicació qualitatiu que tingui per finalitat millorar les condicions salarials** de les persones encarregades de l'execució del contracte, partint de les condicions salarials establertes en el conveni col·lectiu sectorial de referència.

En qualsevol cas, cal tenir en compte, a l'hora d'establir en els plecs de clàusules criteris d'adjudicació d'aquesta naturalesa, els requisits que tant la Directiva 2014/24/UE com la LCSP estableixen amb caràcter general per a qualsevol criteri d'adjudicació:

- Han d'estar formulats de forma objectiva, és a dir, referits o **vinculats a l'objecte del contracte**. Respecte de la vinculació a l'objecte del contracte, cal tenir en compte que l'article 145.6 recull el concepte ampli de "vinculació" de l'article 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, de manera que permet que s'incorporin aspectes socials del procés específic de producció, prestació i comercialització de les obres, els subministraments o els serveis que s'hagin de facilitar d'acord amb el contracte, en qualsevol etapa del seu cicle de vida i, fins i tot, quan els factors esmentats no formin part de la seva substància material, dins del qual es pot considerar inclòs el factor "treball" i, per tant, les condicions salarials i de treball de les persones adscrites a l'execució del contracte.
- Han d'estar formulats de forma respectuosa amb els **principis d'igualtat, no discriminació, transparència i proporcionalitat** i garantir que les ofertes puguin ser avaluades en condicions de **competència efectiva**.
- Han de permetre **avaluar el rendiment de cada oferta** en relació amb l'objecte del contracte, d'acord amb les prescripcions tècniques establertes.
- S'ha de **justificar adequadament** en l'expedient (memòria) els criteris que es tindran en compte per adjudicar el contracte (art. 116.4.c).
- S'han d'incloure en els **plecs de clàusules administratives particulars** (art. 122) i s'han de **publicar** en el perfil del contractant allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública (art. 63.3.a).

En relació amb aquests criteris, cal esmentar la [Directriu de 19 de juny de 2019](#) de la Direcció General de Contractació Pública, per la qual es fixen criteris per a l'aplicació de les clàusules de millores laborals i salarials com a criteri de valoració en determinats contractes, i l'[Informe 6/2018 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa](#) de la Generalitat de Catalunya, pel que fa als criteris qualitius que tinguin per finalitat millorar les condicions salarials del personal adscrit a l'execució del contracte.

Doctrina dels òrgans de resolució de recursos en matèria de contractació pública

En primer lloc, hem volgut fer esment de la [Resolució 33/2018, de 24 de gener](#), del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid, que abans fins i tot d'haver entrat en vigor la LCSP ja va admetre un criteri d'adjudicació que consistia a millorar en un percentatge d'un 1%, un 3% o un 5%, en relació amb l'establert en el conveni col·lectiu aplicable, el salari de les persones treballadores que intervenien directament en l'execució del contracte. El Tribunal en aquest cas va entendre que:

- El criteri no era discriminatori, perquè qualsevol de les empreses licitadores, sense renunciar a l'aplicació del conveni col·lectiu que fos aplicable, podia optar per millorar les condicions salarials i laborals dels treballadors adscrits a l'execució del contracte.

- El concepte de "vinculació amb l'objecte del contracte" ha de ser interpretat de manera més flexible i àmplia, i no és necessària la incorporació física a la prestació. Considera que cal que les millores en la qualitat del treball hagin de repercutir en la marxa de l'execució de les prestacions objecte del contracte, i que és suficient que es refereixin a aspectes influents del procés de la prestació perquè adquireixin la nota de vinculació amb el seu objecte. A més, entén que aquesta vinculació amb l'objecte del contracte es manifesta de manera rellevant en els contractes que consumeixen essencialment mà d'obra, i considera que aquest criteri d'adjudicació pot tenir com a efecte prevenir la conflictivitat laboral i, per tant, problemes en l'execució del contracte.

També és interessant la [Resolució 94/2019, de 21 de juny](#), del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó (TARCCYL), en el supòsit d'un contracte de serveis d'ajuda a domicili, en el qual:

- D'una banda, la recurrent, una associació empresarial, qüestionava determinats criteris avaluable automàticament, particularment en allò relatiu a l'increment salarial sobre l'establert al conveni col·lectiu aplicable i en relació amb la millora de les condicions de treball (contractació a jornada completa), perquè entenia que conculcaven la lliure competència, no estarien vinculats a l'objecte del contracte i s'emfatitza que la funció dels criteris d'adjudicació és avaluar la qualitat intrínseca de les ofertes. Finalment s'al·ludia a la necessitat que les condicions socials no distorsionin la competència ni introdueixin controls indeguts en la legítima gestió dels interessos empresarials i en la llibertat d'empresa en una economia social de mercat.
- Per contra, l'òrgan de contractació argumentava que la recurrent no ha tingut en compte l'objecte del contracte en el plantejament de les seves al·legacions perquè no l'analitza ni té en compte que no és un servei estàndard sinó d'alta qualitat, la qual cosa queda reflectida en la memòria justificativa del contracte, i afirma que la major estabilitat en l'ocupació i les millores salarials i laborals no només tenen un impacte beneficiós en el conjunt de la societat, sinó que comporten de forma directa la millora en la qualitat del servei que es presta.

En aquest cas, el TARCCYL va considerar que, de conformitat amb el concepte ampli de "vinculació amb l'objecte del contracte", un criteri d'adjudicació consistent en la millora de les condicions salarials pot estar vinculat als objectes contractuals en què la mà d'obra és un component essencial, com pot ser el servei d'ajuda a domicili d'un determinat municipi. El Tribunal posa en relleu que en aquest cas estariem davant d'un d'aquells serveis als quals la Directiva atribueix un règim diferenciat, establint un llindar d'harmonització superior (750.000 euros), pel fet d'entendre que tenen una limitada dimensió transfronterera i perquè en relació amb aquests serveis cal garantir l'aplicació, en l'elecció dels proveïdors, de criteris de qualitat específics, i als quals la LCSP també reconeix una especial singularitat (disposició addicional 33 i apartat 3 de l'article 145), pel que fa als criteris d'adjudicació.

La valoració en l'adjudicació d'un contracte de la millora de les condicions salarials de les persones adscrites a la seva execució, quan l'objecte contractual ho permeti perquè hi concorri la vinculació esmentada, ha d'obeir al fet que, efectivament, en cas de materialitzar-se dita millora, es pugui aconseguir la **finalitat social de millora de la qualitat del treball que el fonamenta** i, en conseqüència, resulta essencial l'adequada justificació en l'expedient de contractació.

Per tant, la possibilitat d'incloure-la està condicionada al fet que la finalitat social es pugui aconseguir i això implica haver de tenir en compte, entre altres circumstàncies concretes del contracte, el **sector de l'activitat** en què, si s'escau, repercutirà, ja que pot haver-hi sectors en els quals aquesta finalitat social es pugui aconseguir incidint en matèries diferents al sistema de remuneració i a la quantia salarial.

En darrer lloc, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) també s'ha pronunciat sobre el criteri de valoració esmentat en diverses resolucions (la [359/2019, de 28 de novembre](#), i la [12/2020, de 15 de gener](#), entre d'altres), i considera factible, sota la vigència de l'article 145, que es puguin valorar les millores de les condicions salarials de les **persones adscrites a l'execució del contracte**, sempre que hi hagi **vinculació amb l'objecte del contracte** i, a més, si s'escau, permeti la **materialització de la finalitat social de millora de la qualitat de l'ocupació** que el fonamentaria, i resulta indispensable, per tant, l'adequada justificació de tots aquests aspectes en l'expedient de contractació.

En aquestes dues resolucions, el TCCSP analitza, d'una banda, el cas de la licitació d'un servei de gestió de tributs i recaptació, que estableix un criteri que valora l'increment salarial de la plantilla en els termes següents: "Fins a 30 punts: incentius a la plantilla, quan s'assumeixi el compromís d'incentivar la plantilla amb un increment de la massa retributiva global del 35% respecte de la que resultaria si s'apliquessin els mínims del conveni de referència"; i, d'altra banda, una licitació en la qual el criteri d'adjudicació relatiu a millores salarials es configura com un criteri de valoració automàtic que consisteix a atribuir 10 punts als licitadors que es comprometin a abonar un "salari mínim" aprovat per un municipi.

El TCCSP assenyala la necessitat que, quan s'adopten criteris d'aquesta naturalesa, que tenen o poden tenir un **impacte econòmic en el contracte**, des de la perspectiva de la sostenibilitat econòmica i financera del contracte, l'expedient s'hauria de completar amb una **valoració econòmica de dit impacte**.

Així mateix, en el cas de la Resolució 12/20 esmentada, en el qual la millora salarial es va articular com una possible causa de modificació contractual, i l'òrgan de contractació assumiria íntegrament el cost de l'increment salarial que incloguin les proposicions de les licitadores que ofereixin aquesta millora, el TCCSP va entendre que aquesta articulació de conceptes desconfigura l'essència dels criteris d'adjudicació tenint en compte que el **concepte de "millora"**, com a subtipus de criteri d'adjudicació, duu implícit el **caràcter de liberalitat, si més no, formal**.

En la [Resolució 30/2020, de 29 de gener](#), el TCCSP insisteix en el fet que cal efectuar una **anàlisi de cada cas concret** sobre la base dels elements que en la **memòria justificativa** corresponent indiqui i motivi raonablement l'òrgan de contractació i, addicionalment al requisit de la **vinculació amb l'objecte del contracte** –i als requisits generals exigibles a tots els criteris d'adjudicació–, el criteri ha de **respectar els principis rectors de la contractació pública** i, per això, cal que la **ponderació assignada no resulti desproporcionada**, que el mecanisme de valoració de les millores sigui **objectiu** –estigui referit a índexs homogenis– i que el criteri operi amb un límit màxim prefixat, és a dir, estigui acotat quant al plantejament de la millora.

Conclusions

- L'article 145 de la LCSP permet establir criteris socials que tinguin com a finalitat la millora de les condicions salarials, sempre que hi hagi **vinculació amb l'objecte del contracte** i, a més, si s'escau, permeti la **materialització de la finalitat social** de millora de la qualitat de l'ocupació que el fonamentaria.
- Cal insistir en l'obligació de **justificar i motivar** l'elecció dels criteris d'adjudicació, de conformitat amb el que disposa l'article 116.4.c.

- Quan s'adopten criteris d'aquesta naturalesa, que tenen o poden tenir un impacte econòmic en el contracte, des de la perspectiva de la sostenibilitat econòmica i financera del contracte, és recomanable que l'expedient es complementi amb una **valoració econòmica de dit impacte**.
- La millora s'ha de referir al **personal adscrit a l'execució del contracte**.
- Cal que la **ponderació** assignada a aquest criteri sigui **proporcionada**.
- El mecanisme de **valoració** d'aquest criteri ha de ser **objectiu** i s'ha d'establir un **límit màxim**.
- El concepte de millora, com a subtipus de criteri d'adjudicació, duu implícit el **caràcter de liberalitat**, si més no, formal.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda