

**Informe 6/2018, de 16 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)**

**Assumpte: Possibilitat d'establir, com a condició especial d'execució o com a criteri d'adjudicació, millores socials consistents en un increment salarial del personal adscrit a l'execució d'un contracte públic**

**ANTECEDENTS**

I. L'Ajuntament de Cornellà de Llobregat ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa en relació amb la possibilitat d'establir, com a condició especial d'execució, una millora social consistent en un increment salarial. En concret, formula les consultes següents:

"1. Si existeix la possibilitat i en quins supòsits, d'incloure als Plecs de Clàusules Administratives, com a condició especial d'execució d'un contracte, una clàusula social consistent en imposar a l'adjudicatari l'obligació d'abonar al seu personal adscrit a la seva execució un salari mínim específic superior al legalment establert com a salari mínim interprofessional.

2. En cas afirmatiu, si aquesta exigència es pot estendre també als subcontractistes.

3. En un i altres cas, si pot afectar únicament al personal adscrit a la execució del contracte o, també, a la resta de personal de les empreses afectades."

L'escrit de petició d'informe adjunta, de conformitat amb la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, sobre els requisits que han de reunir les sol·licituds d'informe formulades a la Junta Consultiva, l'informe jurídic emès per la Secretaria General de l'Ajuntament, en el qual s'analitzen les possibilitats actuals d'incorporar clàusules socials en la contractació pública, en particular, pel que es refereix a l'Ajuntament i els seus ens instrumentals. En aquest informe s'al·ludeix a una Moció aprovada pel Ple municipal, en la qual s'acorda, entre d'altres, "assegurar que en les futures licitacions públiques s'adoptaran mesures normatives que condicionin a aquelles empreses subcontractades o receptores de recursos municipals, a adoptar el salari mínim de 1.071,40 € al seu personal contractat". Respecte d'aquesta mesura, l'informe esmentat conclou que "l'exigència d'un salari mínim específic per sobre del legalment establert, sense cap altra cobertura legal, és dubtosa", motiu pel qual "recomana que, amb caràcter previ a la seva implementació, s'elevi la corresponent consulta a la Junta Consultiva".

II. Per la seva banda, l'Ajuntament de Palau-Solità i Plegamans també ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva en relació amb la possibilitat d'establir, si bé com a criteri d'adjudicació, una millora social consistent en l'increment salarial. En concret, l'escrit de petició d'informe assenyala que és d'interès de la corporació conèixer el parer d'aquesta Junta Consultiva respecte de "la possibilitat d'incloure com a criteri de valoració els relatius a la retribució salarial de les persones treballadores que executen el contracte" i, en particular, respecte a la inclusió d'una clàusula amb la redacció literal següent:

"Prenent com a referència les retribucions salarials establertes en el conveni del sector, publicat a xxxx, es consideraran les retribucions salarials superiors que l'empresa licitadora proposa aplicar a les persones que executin el contracte públic.

Es considerarà el percentatge d'augment sobre la retribució salarial computant el salari base i el plus conveni de tots els treballadors a subrogar, aplicant la següent fórmula:

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

Punts és el nombre de punts totals adjudicats a la proposta.

P = és el nombre màxim de punts a atorgar, és a dir, 10 punts.

A = Percentatge més alt de totes les ofertes presentades.

B = Percentatge de l'oferta que es valora.

Es consideraran les ofertes que proposin un augment percentual que s'aplicarà a les persones que executin el contracte. Les ofertes que no proposin cap augment tindran una puntuació de 0 punts."

La petició d'informe, de conformitat amb la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, ja esmentada, adjunta l'Informe jurídic subscrit per la secretària i la tècnica de serveis jurídics de l'Ajuntament, en el qual, entre d'altres, es fa referència a les possibilitats que ofereix la nova Llei de contractes del sector públic per incloure criteris socials.

III. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

I. Les consultes que es formulen a aquesta Junta Consultiva fan referència a la possibilitat d'introduir millores salarials en els contractes públics, com a condició especial d'execució o com a criteri d'adjudicació.

En concret, la primera sol·licitud de petició d'informe planteja, en essència, la possibilitat d'una condició especial d'execució que imposi l'empresa adjudicatària d'un contracte públic –i també a les empreses subcontractistes– el pagament a les persones treballadores adscrites a la seva execució, d'un salari mínim específic superior al legalment establert com a salari mínim interprofessional.

Amb caràcter previ, cal tenir en compte que la nova Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), té com a objectiu, entre d'altres, aconseguir que la contractació pública s'utilitzi com a instrument per implementar les polítiques, tant europees com nacionals, en matèria social<sup>1</sup>. Així, la inclusió en els contractes públics de consideracions de tipus social ha experimentat una evolució significativa en relació amb la regulació continguda en el derogat Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant, TRLCSP)<sup>2</sup>. Aquesta evolució, que és conseqüència en gran mesura de la transposició al dret intern de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, ha permès superar determinades limitacions quant a la introducció en aquests contractes de clàusules relatives a condicions laborals i salarials.

En aquest sentit, a l'efecte de la consulta que es planteja per l'Ajuntament de Cornellà, d'entrada cal fer referència a l'article 122 de la LCSP, relatiu als plecs de clàusules administratives particulars, el qual preveu expressament, com a novetat, que aquests plecs han d'incloure "l'obligació de l'empresa adjudicatària de complir les condicions salarials dels treballadors de conformitat amb el conveni col·lectiu sectorial aplicable". De conformitat amb aquesta previsió, la LCSP també obliga a tenir en compte el conveni col·lectiu sectorial aplicable en el pressupost base de licitació, el valor estimat del contracte i en el preu del contracte.

Així, l'article 100.2 de la LCSP estableix l'obligació que el pressupost base de licitació indiqui, en els contractes en què el cost dels salaris de les persones ocupades per a la seva execució formin part del preu total, els costos salarials estimats a partir del conveni

---

<sup>1</sup> Així, l'apartat III del seu preàmbul assenyala que el sistema legal de contractació pública que estableix la Llei "tracta d'aconseguir que s'utilitzi la contractació pública com a instrument per implementar les polítiques, tant europees com nacionals, en matèria social, mediambiental, d'innovació i desenvolupament, de promoció de les pimes i de defensa de la competència. Totes aquestes qüestions es constitueixen com a veritables objectius de la Llei i es persegueix en tot moment l'eficiència en la despesa pública i el respecte envers els principis d'igualtat de tracte, no-discriminació, transparència, proporcionalitat i integritat".

<sup>2</sup> És el mateix article 1.3, relatiu a l'objecte i la finalitat de la LCSP, el que disposa expressament que "en tota contractació pública s'han d'incorporar de manera transversal i preceptiva criteris socials" –i també mediambientals–, sempre que tinguin relació amb l'objecte del contracte; i precisa que "la seva inclusió proporciona una millor relació qualitat-preu en la prestació contractual, així com una major i millor eficiència en la utilització dels fons públics".

laboral de referència i que, fins i tot, es faci de manera desglossada i amb desagregació de gènere i categoria professional<sup>3</sup>.

En relació amb el valor estimat, l'article 101.2 de la LCSP preveu que en el seu càlcul, en els contractes de serveis i de concessió de serveis en què sigui rellevant la mà d'obra, s'han de tenir especialment en compte els costos laborals derivats dels convenis col·lectius sectorials aplicables. Pel que fa al preu dels contractes, l'article 102.3 preveu que en els serveis en què el cost econòmic principal siguin els costos laborals, s'han de considerar els termes econòmics dels convenis col·lectius sectorials, nacionals, autonòmics i provincials aplicables al lloc de prestació dels serveis.

En la mateixa línia, l'article 149 de la LCSP, relatiu a les ofertes anormalment baixes, obliga els òrgans de contractació a rebutjar les ofertes de les empreses licitadores si comproven que són anormalment baixes perquè no compleixen les obligacions aplicables en matèria laboral, nacional o internacional, "inclòs l'incompliment dels convenis col·lectius sectorials vigents".

Les previsions esmentades de la LCSP resolen una qüestió que, en el marc jurídic del TRLCSP, s'havia plantejat a diferents òrgans i tribunals encarregats de resoldre els recursos especials en matèria de contractació pública, relativa a la viabilitat d'una condició especial d'execució que obligui les empreses contractistes a aplicar, a les persones que s'adscriuïn a l'execució d'un contracte, com a mínim, les condicions salarials del conveni col·lectiu sectorial d'aplicació<sup>4</sup>. Així, és ara la mateixa LCSP la que

---

<sup>3</sup> Respecte d'aquesta obligació s'ha pronunciat recentment el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) en la Resolució núm. 632/2018, de 29 de juny, en la qual revisa la seva doctrina consolidada en resolucions anteriors –i adoptades de conformitat amb el TRLCSP–, relativa a si l'Administració contractant es troba vinculada als costos laborals derivats dels convenis col·lectius de referència a l'hora de fixar el pressupost base de licitació d'un contracte. Així, arran de la regulació que ara es conté en la LCSP, en concret, en els articles 1.3, 100.2, 101.2, 102.3, 149, 201, aquest Tribunal afirma que "els costos salarials derivats dels convenis col·lectius ja no es limiten a ser una de les possibles fonts de coneixement (...), sinó que, a més, 'tenen força vinculant', i el seu respecte ha de quedar totalment garantit, tant en la preparació del contracte, a l'elaborar els plecs, com amb posterioritat, una cop adjudicat, en fase d'execució". Per tant, declara que l'incompliment de l'obligació de l'article 100.2 de la LCSP suposa l'omissió de dades el coneixement de les quals és transcendental per a l'adjudicació i execució del contracte. En la mateixa línia, també s'ha pronunciat el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid (en endavant, TACPM) en la Resolució núm. 191/2018, de 27 de juny.

<sup>4</sup> De fet, va ser una qüestió que va donar lloc a pronunciaments discrepants. Així, el TACPM, en la Resolució núm. 19/2018, de 10 de gener de 2018, va considerar conforme amb la normativa de contractació pública una clàusula que establís com a condició essencial l'aplicació a tots els treballadors adscrits a la prestació, com a mínim, les taules salarials recollides en el conveni col·lectiu estatal d'empreses de seguretat; també, el Tribunal Administratiu de Contractes Públics de la Comunitat de Canàries, en la Resolució núm. 050/2017, de 20 d'abril de 2017, va admetre la possibilitat d'una condició especial d'execució mitjançant la qual s'obligui les empreses contractistes a aplicar les condicions de treball establertes en l'últim conveni col·lectiu sectorial territorial en vigor, sempre que es compleixin els requisits que exigeix la normativa de contractació pública. Per contra, l'òrgan administratiu de recursos contractuals d'Euskadi, en la Resolució núm. 1/2018, de 3 de gener de 2018, va considerar que una obligació imposada en el plec relativa a

estableix, en l'article 122 esmentat, aquesta obligació que s'ha d'incloure en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes públics, i les correlatives obligacions esmentades pel que fa al pressupost base de licitació, al valor estimat i al preu dels contractes.

Per tant, atès que, per imperatiu de la LCSP, les empreses adjudicatàries dels contractes públics han de complir, en relació amb les persones treballadores que s'adscriu a l'execució d'un contracte, les condicions salarials d'acord amb el conveni col·lectiu sectorial aplicable, la qüestió plantejada se circumscriu a la conformitat amb la normativa en matèria de contractació pública d'una condició especial d'execució que obligui les empreses contractistes al pagament d'un determinat salari mínim superior al que s'estableix en el conveni col·lectiu sectorial que resulti aplicable a la prestació contractual. Ara bé, cal tenir en compte que, en cas que no hi hagi un conveni col·lectiu sectorial aplicable a l'activitat objecte de licitació, la qüestió cal plantejar-la en els termes de la consulta formulada en l'escrit de petició d'informe, això és, la conformitat amb aquella normativa d'una condició especial d'execució que imposi les empreses contractistes l'obligació de pagament d'un salari mínim específic superior, però respecte del salari mínim interprofessional fixat per la normativa corresponent<sup>5</sup>.

II. La LCSP regula les condicions especials d'execució del contracte en l'article 202, el qual introdueix algunes novetats molt rellevants respecte de la regulació que establia sobre aquestes condicions l'article 118 del TRLCSP i, fins i tot, la prevista en l'article 70 de la Directiva 2014/24/UE. Així, cal destacar que estableix l'obligació dels òrgans de contractació de preveure en el plec almenys una condició especial d'execució de tipus mediambiental, social o relativa a l'ocupació que persegueixi alguna de les finalitats que enumera el seu apartat 2.

De la mateixa manera, aquest precepte faculta els òrgans de contractació a establir condicions especials d'execució de tipus social o relatives a l'ocupació i, en concret, l'apartat 2, segon paràgraf, assenyala com a finalitat que poden tenir aquestes condicions, entre d'altres, la de "garantir (...) el compliment dels convenis col·lectius sectorials i territorials aplicables".

Per tant, la LCSP estableix en l'article 122, com s'ha dit, una obligació d'inclusió en els plecs de compliment dels convenis col·lectius sectorials d'aplicació pel que fa a les condicions salarials de les persones que les empreses adjudicatàries adscriu a l'execució dels contractes públics; i, a més, en l'article 202, faculta els òrgans de contractació a establir condicions especials d'execució de garantia del compliment d'aquells convenis, cal entendre, doncs, que en aquest cas referides a condicions de

---

què en matèria retributiva i de condicions de treball fos aplicable el conveni col·lectiu sectorial no obeeix a cap de les finalitats a les quals han d'obeir les condicions d'execució de caràcter social segons l'article 118 del TRLCSP.

<sup>5</sup> Actualment, el Reial decret 1077/2017, de 29 de desembre, fixa el salari mínim interprofessional per a l'any 2018.

treball que prevegin i que afectin altres matèries diferents a la salarial<sup>6</sup>. Tanmateix, aquestes són unes garanties de mínims, que, com és lògic, no han d'impedir l'aplicació per les empreses contractistes de condicions de treball més favorables.

En tot cas, malgrat que la condició especial d'execució que s'analitza –relativa a l'obligació de les empreses contractistes de pagament a les persones treballadores adscrites al contracte d'un salari mínim específic superior a l'establert en el conveni col·lectiu sectorial aplicable o, si no hi ha conveni col·lectiu sectorial, respecte del salari mínim interprofessional legalment establert– no troba encaix específic en cap de les finalitats que poden tenir les consideracions de tipus social o relatives a l'ocupació que s'enumeren en l'apartat 2, segon paràgraf, de l'article 202 de la LCSP, atès el caràcter obert d'aquestes finalitats –són de caràcter exemplificatiu i no *numerus clausus*– no se'n pot descartar *a priori* la viabilitat. Per tant, cal fer referència tot seguit als requisits que han de complir les condicions especials d'execució per resultar admissibles.

D'acord amb l'apartat 1 de l'article 202 de la LCSP, les condicions especials d'execució han d'estar vinculades a l'objecte del contracte, no han de ser directament o indirectament discriminatòries, i han de ser compatibles amb el dret comunitari. A més, s'estableix que s'indiquin en l'anunci de licitació i en els plecs. Aquests requisits són gairebé els mateixos que exigeix la Directiva 2014/24 en l'article 70, de conformitat amb el que s'exposa en el considerant 104<sup>7</sup>.

Respecte del requisit relatiu a la vinculació necessària de les condicions d'execució amb l'objecte del contracte, cal tenir en compte que l'article 145.6 de la LCSP recull el concepte ampli de vinculació de l'article 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, de manera que permet que les condicions especials d'execució –i també els criteris d'adjudicació– 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 de què es tracti, en qualsevol etapa del seu cicle de vida i, fins i tot, quan els factors esmentats no formin part de la seva substància material. Per tant, atès que, en determinats contractes públics, el factor treball pot considerar-se com un factor que caracteritza el procés específic de producció o prestació, una condició especial d'execució com la que ara s'analitza relativa a dit factor pot complir amb la condició que existeixi un vincle amb l'objecte del contracte.

<sup>6</sup> En aquest sentit, és la mateixa Directiva 2014/24 la que disposa en el seu considerant 39 que en els contractes públics “ha de ser possible incloure clàusules que garanteixin el compliment de convenis col·lectius, de conformitat amb el Dret de la Unió”.

<sup>7</sup> L'article 70 estableix que “els poders adjudicadors podran establir condicions especials relatives a l'execució del contracte, sempre que estiguin vinculades amb la finalitat del contracte, en el sentit de l'article 67, apartat 3, i s'indiquin en la convocatòria de licitació o als plecs de la contractació”. Així mateix, el considerant 104 especifica que “el propòsit de les condicions d'execució d'un contracte és establir requisits específics en relació amb l'execució”; que “constitueixen requisits objectius fixos que no incideixen en l'avaluació de les ofertes”; i que “han de ser compatibles amb la present Directiva sempre que no siguin directament o indirectament discriminatòries i estiguin vinculades amb la finalitat del contracte, que comprèn tots els factors que intervenen en el procés específic de producció, prestació o comercialització”.

Ara bé, a més de la vinculació necessària de les condicions especials d'execució amb l'objecte del contracte, aquestes han de ser compatibles amb el dret de la Unió Europea i, en cap cas, poden ser discriminatòries, directament o indirectament. Per consegüent, cal analitzar si l'exigència en els contractes públics d'un salari mínim específic superior al fixat en el conveni col·lectiu sectorial que resulti d'aplicació o al salari mínim interprofessional legalment establert, que han de pagar les empreses contractistes a les persones treballadores adscrites a la seva execució, pot ser compatible amb aquell dret.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) va analitzar la compatibilitat amb el dret de la Unió de condicions especials d'execució relatives al salari que les empreses adjudicatàries de contractes públics havien de pagar a les persones treballadores adscrites a aquests, en les sentències de 3 d'abril de 2008 (assumpte C-346/06, Rüffert & Niedersachsen) i de 17 de novembre de 2015 (assumpte C-115/14, RegioPost & Stadt Landau), en les quals va tenir en compte, per fer dita anàlisi de compatibilitat, l'article 56 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (en endavant, TFUE) i l'article 3, apartat 1, de la Directiva 96/71/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 1996, sobre el desplaçament de treballadors efectuat en el marc d'una prestació de serveis (en endavant, Directiva 96/71)<sup>8</sup>.

L'article 56, primer paràgraf, del TFUE –antic article 49 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea– prohibeix les restriccions a la lliure prestació de serveis dins de la Unió per als nacionals dels estats membres establerts en un estat membre que no sigui el del destinatari de la prestació<sup>9</sup>. Per la seva banda, la Directiva 96/71, considerant que la lliure prestació de serveis requereix un clima de competència lleial i mesures que garanteixen el respecte dels drets de les persones treballadores, preveu en l'article 3.1 que els estats membres “han de vetllar” perquè les empreses establertes en un estat membre que, en el marc d'una prestació de serveis transnacional, desplacen treballadors –que inclou el desplaçament com a conseqüència d'un contracte– garanteixen els treballadors desplaçats al seu territori les condicions de treball i ocupació relatives a determinades matèries, entre les quals figuren, “les quanties de salari mínim”, que, en l'estat membre on s'efectuï el treball, estiguin establertes per “disposicions legals, reglamentàries o administratives”, i/o “per convenis col·lectius o laudes arbitral declarats d'aplicació general”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Si bé aquesta Directiva es va modificar recentment per la Directiva 2018/957, del Parlament Europeu i del Consell, de 28 de juny de 2018 (publicada en el DOUE en data de 9 de juliol), d'acord amb l'article 3, el període d'adaptació i publicació per als estats membres s'estableix, com a molt tard, fins al 30 de juliol de 2020.

<sup>9</sup> La mateixa Directiva 2014/24/UE disposa en el considerant 1 que l'adjudicació de contractes públics per les autoritats dels estats membres o en el seu nom ha de respectar els principis del TFUE i, en particular, entre d'altres, “la lliure prestació de serveis”, així com els principis que se'n deriven, tals com la igualtat de tracte, no discriminació, reconeixement mutu, proporcionalitat i transparència.

<sup>10</sup> En aquest sentit, la Directiva 2014/24/UE al·ludeix en el considerant 37, al fet que les mesures pertinents que els estats membres i els poders adjudicadors prenguin per vetllar pel compliment de

Així, en la primera de les sentències esmentades, de 3 d'abril de 2008, el TJUE analitza si és compatible amb la Directiva 96/71, interpretada segons l'article 49 CE –actualment, article 56 del TFUE–, una disposició legal d'un *land* alemany sobre contractació pública, de conformitat amb la qual els contractes d'obres només es podien adjudicar a les empreses que en la licitació es comprometessin per escrit a pagar els seus treballadors, com a contraprestació per l'execució dels serveis pertinents, com a mínim, la retribució establerta al conveni col·lectiu aplicable al lloc de la prestació dels serveis. Doncs bé, el TJUE va considerar no admissible la disposició legal controvertida –i, per tant, la condició d'execució que n'establí– sobre la base que la disposició legal no preveia una quantia salarial de conformitat amb un dels mecanismes previstos en l'article 3.1 de la Directiva 96/71, ja que, ni la mateixa disposició fixava una quantia de salari mínim en indicar només l'aplicació de la retribució establerta al conveni col·lectiu aplicable al lloc de la prestació, ni tampoc el conveni col·lectiu controvertit havia estat declarat d'aplicació general –només resultava aplicable als contractes públics, amb exclusió dels contractes privats, i s'estenia a una part del sector de la construcció.

D'aquesta Sentència, cal destacar el que s'estableix en els considerants 32 a 34, 37 i 38, en els quals el TJUE argumenta com una disposició legal com la controvertida pot constituir una restricció a la lliure prestació de serveis no justificada per l'objectiu de la protecció de les persones treballadores. En els primers considerants, el TJUE descarta que la quantia salarial derivada del conveni col·lectiu controvertit pugui considerar-se com una condició d'ocupació més favorable per a les persones treballadores adscrites a l'execució d'un contracte en el sentit de l'article 3.7 de la Directiva 96/71<sup>11</sup>, atès que, segons el TJUE, aquest precepte no permet a l'estat membre d'acollida supeditar la realització d'una prestació de serveis en el seu territori al compliment de condicions d'ocupació que vagin més enllà de les “disposicions imperatives de protecció mínima”. Així, assenyalava que el grau de protecció que s'ha de garantir a les persones treballadores desplaçades al territori de l'Estat membre d'acollida es limita, en principi, al que preveu l'article 3.1 de la Directiva 96/71 “que estableix expressament el grau de protecció el respecte del qual pot exigir l'estat membre d'acollida a les empreses establertes en altres estats membres en favor de les persones treballadores desplaçades al seu territori”, i que, tanmateix, aquesta afirmació no obsta “la facultat de les empreses establertes en altres estats membres d'adherir-se ‘voluntàriament’ en l'estat membre d'acollida, en

---

les seves obligacions en els àmbits del dret mediambiental, social i laboral, aplicables en el lloc en el que es realitzin les obres o es prestin els serveis, i derivades de lleis, reglaments, decrets i decisions, tant nacionals com de la Unió, així com de convenis col·lectius, “s'han d'aplicar de conformitat amb la Directiva 96/71/CE, del Parlament Europeu i del Consell, i d'una forma que garanteixi la igualtat de tracte i no discrimini, directament o indirectament, els operadors econòmics i els treballadors d'altres Estats membres”.

<sup>11</sup> Aquest precepte estableix que el que es disposa en els apartats 1 a 6 de l'article 3 de la Directiva 96/71 no impedeix l'aplicació de condicions d'ocupació i treball més favorables per a les persones treballadores.

particular, en el marc d'un compromís assumit respecte al seu propi personal desplaçat, a un conveni col·lectiu d'ocupació eventualment més favorable”.

En efecte, en els considerants 37 i 38 d'aquesta sentència, el TJUE precisa que una disposició legal mitjançant la qual s'obligui a les empreses adjudicatàries de contractes públics i, de manera indirecta, a les empreses subcontractistes, a aplicar la retribució mínima prevista en un conveni col·lectiu no declarat d'aplicació general “pot imposar als prestadors de serveis establerts en un altre Estat membre, en el qual els salaris mínims siguin inferiors, una càrrega econòmica ‘addicional’ que pot impedir, obstaculitzar o fer menys interessant l'execució de les seves prestacions en l'Estat membre d'acollida”, de manera que podria resultar restringida la lliure prestació de serveis no estant justificada per l'objectiu de la protecció dels treballadors, reiterant en aquest sentit que el conveni controvertit resultava d'aplicació únicament als contractes públics i no als privats.

Posteriorment, en la Sentència de 17 de novembre de 2015 esmentada, el TJUE va flexibilitzar en certa mesura el criteri mantingut en la Sentència de 2008, en considerar admissible una condició especial d'execució relativa a salaris mínims establerta per una disposició legal exclusivament per a tots els contractes públics en l'àmbit territorial d'un determinat *land* alemany. Així, en aquesta Sentència el TJUE va declarar que l'article 26 de la Directiva 2004/18/CE, relatiu a les condicions d'execució del contracte, interpretat en relació amb la Directiva 96/71, no s'oposava a una norma d'una entitat regional d'un estat membre mitjançant la qual s'obligava les empreses licitadores i els seus subcontractistes a comprometre's per escrit a pagar al personal encarregat d'executar el contracte un salari mínim fixat per la mateixa normativa. Segons el Tribunal, dita obligació constituïa una condició especial admesa per la Directiva de contractació pública, atès que es referia a l'execució del contracte, tenia per objecte consideracions de tipus social, i resultava transparent i no discriminatòria i, a més, era compatible amb la Directiva 97/71 en la mesura en què la condició d'execució derivava d'una disposició legal que preveia una quantia de salari mínim en el sentit d'aquesta Directiva.

Resulten d'especial interès els considerants 69 i següents d'aquesta Sentència, en els quals el TJUE va afirmar que, si bé una disposició legal com la controvertida podia constituir una restricció a la lliure prestació de serveis, això no obstava perquè es pogués justificar per l'objectiu de protecció de les persones treballadores, fins i tot en els casos en què la norma que imposés el salari mínim només fos aplicable als contractes públics i no als contractes privats. En aquest sentit, va emfatitzar que la quantia de salari mínim es fixava per una “disposició legal” que “com a norma imperativa de protecció mínima” s'aplicava de manera general a l'adjudicació de tot contracte públic, amb independència del sector que es tractés; i que, a més, conferia una “protecció social mínima”, atès que, en el moment de la contractació corresponent, cap norma de l'estat membre relativa al desplaçament de treballadors, ni cap altra normativa nacional imposaven un salari mínim de nivell inferior en el sector –tampoc existia un conveni col·lectiu en el sector que fixés un salari mínim vinculant.

En virtut de la doctrina establerta pel TJUE en les dues sentències esmentades, es pot afirmar que en l'establiment de condicions especials d'execució que afectin les condicions

de treball i ocupació, com les quanties salarials, de les persones adscrites a l'execució d'un contracte públic, cal tenir en compte el dret social europeu, en concret, la Directiva 96/71, per tal que la seva aplicació no constitueixi una restricció a la lliure prestació de serveis en el sentit que impedeixi, obstaculitzi o faci menys interessant que empreses establertes en estats membres distints a l'estat de la prestació de serveis desplacin els seus treballadors per a l'execució d'un contracte públic.

Tal com s'ha assenyalat, l'article 3.1 de la Directiva 96/71 estableix l'obligació dels estats membres de vetllar perquè les empreses establertes en altres estats membres, que en el marc d'un contracte desplacen temporalment treballadors al seu territori, garanteixin a aquests treballadors les quanties de salari mínim, entre d'altres condicions de treball i ocupació, que s'estableixin per "disposicions legals, reglamentaries, o administratives" i/o "per convenis col·lectius o laudes arbitrals declarats d'aplicació general"<sup>12</sup>. Doncs bé, segons el TJUE, aquest precepte és el que estableix el grau de protecció el respecte del qual pot exigir un estat membre a les empreses establertes en altre estat en favor de les persones treballadores desplaçades al seu territori per a la prestació de serveis, en la mesura que supeditar la realització de la prestació al compliment de condicions de treball que vagin més enllà de les disposicions imperatives de protecció mínima podria restringir la lliure prestació de serveis, en suposar una càrrega econòmica addicional als prestadors de serveis establerts en altre estat membre, en què els salaris mínims siguin inferiors.

En aquest sentit, cal tenir en compte que la Directiva 2014/24/UE assenyala en el considerant 98 que les condicions d'execució d'un contracte –i també els criteris d'adjudicació– relacionades amb els aspectes socials del procés de producció "s'han d'aplicar de conformitat amb la Directiva 96/71/CE, segons és interpretada pel TJUE, i no elegir-se o aplicar-se d'una forma que discrimini, directament o indirectament, els operadors econòmics d'altres Estats membres o de tercers països que siguin part en l'ACP o en els Acords de Lliure Comerç en els quals la Unió sigui part"; i que, per consegüent, "els requisits que afectin a les condicions bàsiques de treball regulades per la Directiva 96/71/CE, com les quanties de salari mínim, han de continuar situant en el nivell establert per la legislació nacional o per convenis col·lectius que s'apliquen de conformitat amb el Dret de la Unió en el context de dita Directiva".

En definitiva, l'exigència mitjançant una condició especial d'execució de què l'empresa adjudicatària d'un contracte públic retribueixi les persones adscrites a la seva execució un

---

<sup>12</sup> Aquesta Directiva es va transposar al dret intern mitjançant la Llei 45/1999, de 29 de novembre, sobre el desplaçament de treballadors en el marc d'una prestació de serveis transnacional, l'article 3 de la qual disposa que "els empresaris inclosos en l'àmbit d'aplicació de la present Llei que desplacin a Espanya als seus treballadors en el marc d'una prestació de serveis transnacional hauran de garantir a aquests, qualsevol que sigui la legislació aplicable al contracte de treball, les condicions de treball previstes per la legislació laboral espanyola relatives, entre d'altres matèries, a les quanties de salari mínim, en els termes que estableix l'article 4". En concret, aquest article 4, relatiu a la quantia del salari dels treballadors desplaçats, preveu que aquells empresaris hauran de garantir als treballadors desplaçats la quantia mínima del salari prevista "en les disposicions legals o reglamentaries" o "als convenis col·lectius a què es refereix l'article 3.4 [convenis aplicables al lloc i sector o rama d'activitat de què es tracti] per al grup professional o la categoria professional corresponent a la prestació del treballador desplaçat".

salari per sobre del que estableixen les disposicions de protecció mínima de garantia de les condicions de treball dels treballadors desplaçats, podria discriminar les empreses ubicades en estats membres on el mercat laboral tingui costos molt per sota dels de l'estat de prestació del servei, introduint, per tant, un element distorsionador de la competència.

D'acord amb el que s'ha exposat, cal afirmar que no sembla que compleixi amb el requisit de ser compatible amb el dret de la Unió Europea una condició especial d'execució que imposi a l'empresa adjudicatària d'un contracte públic el pagament a les persones treballadores adscrites al mateix d'un salari mínim específic, quant aquest salari no tingui empara en una disposició normativa de caràcter general o en un conveni col·lectiu declarat d'aplicació general, de garantia de les condicions de treball, als efectes de la Directiva 96/71.

Per tant, s'ha de respondre la qüestió plantejada en el sentit que no és conforme amb la normativa de contractació pública, per no complir amb els requisits que aquesta exigeix a les condicions especials d'execució, la inclusió en els plecs d'una condició d'execució que imposi a l'empresa contractista el pagament, a les persones treballadores que s'adscriuïn al contracte, un salari mínim específic superior al fixat en el conveni col·lectiu sectorial que resulti aplicable a l'activitat o, si no hi ha conveni, al salari mínim interprofessional fixat legalment. Per poder exigir a les empreses contractistes un salari mínim específic, aquest salari ha d'estar fixat en una disposició normativa de caràcter general o en un conveni col·lectiu declarat d'aplicació general i formar part del nivell de protecció que s'ha de garantir els treballadors en el sentit de la Directiva 96/71, a l'efecte de no dissuadir la participació en el procediment de contractació d'empreses d'altres Estats membres i provocar una distorsió de la competència.

En aquest sentit, cal tenir en compte que la LCSP ja confereix una protecció social mínima a les persones treballadores que executin contractes públics en el sentit que ara s'analitza, tant en l'article 122 de la LCSP, ja esmentat, en establir l'obligació de les empreses adjudicatàries de complir les condicions salarials dels treballadors de conformitat amb el conveni col·lectiu sectorial aplicable, com en l'article 202, en facultar els òrgans de contractació a exigir a aquelles empreses el compliment de condicions de treball diferents a les salarials previstes en els convenis col·lectius sectorials i territorials aplicables.

Finalment, pel que fa a la qüestió relativa a si l'obligació establerta en una condició especial d'execució també es podria estendre a les empreses subcontractistes, cal assenyalar únicament que, justament, una de les novetats que estableix l'article 202 de la LCSP és la relativa al fet que "totes les condicions especials d'execució que formin part del contracte són exigides igualment a tots els subcontractistes que participin de la seva execució".

Finalment, respecte a la qüestió de si una condició especial d'execució ha d'afectar únicament el personal adscrit a l'execució del contracte o també a la resta de personal de les empreses afectades, cal tenir en compte que un dels requisits establerts en l'article

202 de la LCSP a les condicions especials d'execució és que només poden afectar l'execució del contracte, per consegüent, únicament es poden referir a les persones treballadores que les empreses contractistes adscriuïn a l'execució del contracte<sup>13</sup>.

III. D'altra banda, la segona sol·licitud de petició d'informe planteja, en essència, la possibilitat d'un criteri d'adjudicació consistent a atribuir una determinada puntuació a les empreses licitadores que ofereixin pagar, a les persones que executin el contracte, un salari superior al que estableix el conveni col·lectiu sectorial que resulti aplicable a la prestació contractual.

L'article 145 de la LCSP, que regula els requisits i les classes de criteris d'adjudicació, estableix que l'adjudicació dels contractes s'ha d'efectuar utilitzant una pluralitat de criteris d'adjudicació sobre la base de la millor relació qualitat-preu; que aquesta relació qualitat-preu s'ha d'avaluar d'acord amb criteris econòmics i qualitatius; i que "els criteris qualitatius que estableixi l'òrgan de contractació per avaluar la millor relació qualitat-preu poden incloure aspectes mediambientals o socials, vinculats a l'objecte del contracte", 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"<sup>14</sup>.

Així, l'article 145 de la LCSP preveu 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 previstes en el conveni col·lectiu sectorial de referència, atès que, com ja s'ha assenyalat, per imperatiu de l'article 122 de la LCSP, les empreses adjudicatàries d'un contracte públic han de complir les condicions salarials dels treballadors conforme amb el conveni col·lectiu sectorial aplicable.

Per tant, és la mateixa LCSP la que permet que mitjançant els criteris d'adjudicació es pugui anar més enllà que garantir el compliment de les condicions salarials previstes en els convenis col·lectius sectorials que resultin d'aplicació a la prestació objecte d'un

---

<sup>13</sup> El considerant 104 de la Directiva 2014/24 precisa que el propòsit de les condicions d'execució d'un contracte és establir requisits específics en relació amb dita execució, i que això inclou les condicions relatives al procés d'execució del contracte, però exclou els requisits relatius a la política general de l'empresa.

<sup>14</sup> Cal destacar que aquest precepte també esmenta com a característiques socials del contracte les que es refereixen a les finalitats de foment de la integració social de persones amb discapacitat, persones desafavorides o membres de grups vulnerables entre les persones assignades a l'execució del contracte i, en general, la inserció sociolaboral de persones amb discapacitat o en situació o risc d'exclusió social; la subcontractació amb centres especials d'ocupació o empreses d'inserció; els plans d'igualtat de gènere que s'apliquin en l'execució del contracte i, en general, la igualtat entre dones i homes; el foment de la contractació femenina; la conciliació de la vida laboral, personal i familiar; l'estabilitat en l'ocupació; la contractació de més persones per a l'execució del contracte; la formació i la protecció de la salut i la seguretat a la feina; l'aplicació de criteris ètics i de responsabilitat social a la prestació contractual; o els criteris referits al subministrament o a la utilització de productes basats en un comerç equitatiu durant l'execució del contracte.

contracte públic respecte del personal adscrit al mateix. A diferència del que succeeix amb les condicions especials d'execució, el règim jurídic de les quals, en ser obligatòries per a les empreses contractistes, no admet una millora salarial com la que es proposa, perquè es topa amb els límits del dret social europeu, la inclusió d'aquesta millora com a criteri d'adjudicació, en principi, en ser voluntària per a les empreses, podria ser conforme amb aquest dret. En aquest sentit, cal recordar que, en la Sentència de 3 d'abril de 2008 esmentada, el TJUE assenyala que, si bé el grau de protecció social el respecte del qual "pot exigir" l'estat membre d'acollida a les empreses establertes en altres estats membres a favor de les persones desplaçades al seu territori es limita al que preveu l'article 3.1 de la Directiva 96/71, això no obsta la facultat de les empreses d'adherir-se voluntàriament en l'estat d'acollida a un grau de protecció més favorable.

Els tribunals competents per resoldre els recursos especials en matèria de contractació pública han tingut ocasió de pronunciar-se respecte de criteris d'adjudicació consistents en la millora salarial a la quantia fixada en el conveni col·lectiu del sector de referència. Així, recentment, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, en la Resolució núm. 86/2018, de 16 de maig, va considerar no conforme a dret un criteri d'adjudicació que valorava l'increment de la retribució establerta en el conveni col·lectiu respecte al personal adscrit al contracte, perquè "no constitueix cap de les clàusules socials previstes en l'article 150.1 del TRLCSP, interpretat conformement amb la Directiva 2014/24/UE". Tanmateix, cal tenir en compte que el règim jurídic aplicable a la contractació objecte del recurs era el configurat pel TRLCSP, i que el mateix Tribunal va assenyalar, com a nota a peu de pàgina de la Resolució, que una millora social com a la controvertida "sí que té reflex específic en l'article 145 de la LCSP; efectivament, dintre del catàleg de possibles característiques socials que poden configurar-se com a criteris d'adjudicació dels contractes, es fa esment, entre d'altres, a la millora de les condicions laborals i salarials (...) lògicament sempre que concorrin la resta de requisits".

Per la seva banda, el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid, en la Resolució núm. 33/2018, de 24 de gener, va admetre un criteri d'adjudicació que també consistia a millorar la quantia salarial de les "persones intervinents directament" en l'execució del contracte. Segons aquest Tribunal, el criteri controvertit complia tant amb el requisit de no ser discriminatori "perquè qualsevol de les empreses licitadores, sense renunciar a l'aplicació del conveni col·lectiu que resultés d'aplicació, podia optar per millorar les condicions salarials i laborals dels treballadors adscrites a l'execució del contracte", com amb el requisit de la vinculació amb l'objecte del contracte, atès que aquesta vinculació "es manifesta de manera rellevant en els contractes que consumeixen essencialment mà d'obra". En aquest sentit, aquest Tribunal va assenyalar que de conformitat amb el concepte ampli de vinculació dels criteris d'adjudicació amb l'objecte del contracte, "no és necessari que les millores en la qualitat de l'ocupació hagin de repercutir en la marxa de l'execució de les prestacions objecte del contracte, n'hi ha prou que es refereixin a aspectes 'influent's del procés de la prestació per a què adquireixin la nota de vinculació amb el seu objecte"<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Així mateix, aquest Tribunal precisa que la finalitat de la clàusula no és la regulació de la negociació col·lectiva, sinó que les empreses en l'execució del contracte apliquin condicions salarials superiors a les que tenen, la qual cosa s'emmarca en el contingut d'un contracte a

D'acord amb l'article 145, apartat 5, de la LCSP els criteris d'adjudicació han de complir, com a primer requisit, el d'estar vinculats a l'objecte del contracte. Tal com s'ha assenyalat en la consideració jurídica anterior, l'apartat 6 d'aquest precepte adopta un concepte ampli de vinculació amb l'objecte del contracte, en virtut del qual s'admet que el criteri d'adjudicació no es refereixi a una característica intrínseca de la prestació, sinó que pot considerar-se que existeix dita vinculació quan el criteri es refereixi als factors que intervenen en el "procés específic" de producció, prestació o comercialització de les obres, els subministraments o els serveis de què es tracti, dins dels quals pot considerar-se inclòs el factor treball i, per tant, les condicions salarials i d'ocupació de les persones adscrites a l'execució d'un determinat contracte. Així, de conformitat amb aquest concepte ampli de vinculació dels criteris d'adjudicació amb l'objecte del contracte, un criteri d'adjudicació consistent en la millora de les condicions salarials pot estar vinculat a aquells objectes contractuals en què la mà d'obra és un component essencial, la qual cosa no implica, però, la possibilitat d'una inclusió incondicionada d'aquest criteri.

En aquest sentit, cal tenir present que valorar en un contracte la millora de les condicions salarials de les persones adscrites a la seva execució, quan l'objecte contractual ho permeti en concórrer aquella vinculació, ha d'obeir al fet que, efectivament, en cas de materialitzar-se, es pugui aconseguir la finalitat social de millora de la qualitat de l'ocupació que el fonamenta, essent essencial l'adequada justificació en l'expedient de contractació. Així, la possibilitat de la seva inclusió està condicionada en el fet que aquella finalitat social es pugui arribar a aconseguir, el que implica haver de tenir en compte, entre altres circumstàncies concretes del contracte, el sector de l'activitat al qual, en el seu cas, repercutirà –pot haver sectors en què aquella finalitat social es podria aconseguir incidint en matèries diferents al sistema de remuneració i a la quantia salarial.

Així mateix, cal ser conscients que l'efectivitat d'aquest criteri d'adjudicació –com, de fet, succeeix amb tots– depèn del fet que es pugui controlar el seu compliment en fase d'execució del contracte, motiu pel qual abans de la seva inclusió resultarà fonamental determinar si es disposarà de les eines i els mitjans necessaris per realitzar aquest control. En aquest sentit, cal tenir present que la millora salarial serà condició d'execució obligatòria, si l'empresa que resulta adjudicatària del contracte ha presentat oferta a aquest criteri.

Altrament, la inclusió en els plecs d'un criteri d'adjudicació que valori la millora salarial s'ha d'efectuar amb ple respecte als principis d'igualtat, no-discriminació i proporcionalitat. En aquest sentit, és fonamental que existeixi una correlació entre el criteri d'adjudicació que ara s'analitza i la ponderació que se li atribueixi, per respectar els principis esmentats.

---

l'empament del regulat per la normativa de contractació pública, en base a la pretensió de seleccionar la millor oferta per al compliment dels fins que es pretenen satisfer; i que no suposa un excés sobre la funció reguladora que incumbeix als plecs vinculada exclusivament a la correcta execució del contracte i no projecta els seus efectes sobre l'organització general de les empreses licitadores.

En la mateixa línia de no vulnerar els principis de la contractació pública, cal tenir en compte que la fórmula que es prevegi per valorar la millora salarial, a més d'haver de partir d'una magnitud igual i homogènia per a totes les empreses licitadores, determinada per l'aplicació del conveni col·lectiu sectorial aplicable, caldrà que fixi un topall percentual d'augment màxim per a l'atorgament de la màxima puntuació assignada al criteri. També cal concretar els conceptes salarials l'augment dels quals serà objecte de valoració en l'aplicació del criteri d'adjudicació, així com si afecten o no els complements salarials.

D'acord amb el que s'ha exposat, cal respondre a la qüestió plantejada en el sentit que l'article 145 de la LCSP reconeix expressament la possibilitat d'incloure un criteri d'adjudicació que tingui per finalitat millorar les condicions salarials del personal adscrit a l'execució d'un contracte públic, el qual pot estar vinculat a aquells objectes contractuals en què la mà d'obra és un component essencial. Tanmateix, cal tenir en compte que la seva inclusió en els plecs de clàusules administratives particulars requereix justificar adequadament que obeeix a aconseguir la finalitat social de millora de la qualitat de l'ocupació que el fonamenta, la qual ha de ser factible. A més, en cap cas la seva inclusió pot suposar que es vulnerin els principis rectors de la contractació pública, motiu pel qual cal analitzar minuciosament, no només la idoneïtat de la seva inclusió, sinó també la forma d'inclusió.

Sobre la base de les consideracions anteriors la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

## **CONCLUSIONS**

I. En l'establiment de condicions especials d'execució que afectin les quanties salarials de les persones adscrites a l'execució d'un contracte públic, cal tenir en compte la Directiva 96/71/CE, de 16 de desembre de 1996, sobre el desplaçament de treballadors efectuat en el marc d'una prestació de serveis, per tal que la seva aplicació no restringeixi la lliure prestació de serveis. Així, malgrat que es pugui exigir les empreses contractistes el pagament, a les persones que adscriuïn al contracte, d'un salari mínim específic, aquest salari ha d'estar fixat en una disposició normativa de caràcter general o en un conveni col·lectiu declarat d'aplicació general i formar part del nivell de protecció que s'ha de garantir als treballadors, a l'efecte de no discriminar les empreses ubicades en estats membres diferents a l'Estat de la prestació de serveis i, d'aquesta manera, distorsionar la competència.

Per tant, no és conforme amb la normativa en matèria de contractació pública la inclusió en els plecs de clàusules administratives particulars d'una condició especial d'execució que obligui l'empresa contractista al pagament d'un salari mínim específic a les persones adscrites al contracte, superior al fixat en el conveni col·lectiu sectorial que resulti aplicable a l'activitat o, si no hi ha conveni col·lectiu sectorial, al salari mínim interprofessional fixat legalment.

II. L'article 145 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, preveu 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 del personal adscrit a l'execució d'un contracte, en referència a les condicions salarials previstes en el conveni col·lectiu sectorial aplicable.

Si bé un criteri d'adjudicació que valori les millores salarials pot estar vinculat als objectes contractuals en què la mà d'obra és un component essencial, la seva inclusió requereix justificar adequadament que obeeix a aconseguir la finalitat social de millora de la qualitat de l'ocupació que el fonamenta, de manera que cal tenir en compte, entre d'altres circumstàncies concretes del contracte, el sector de l'activitat al qual repercutirà. A més, en cap cas l'establiment d'aquest criteri pot suposar vulnerar els principis rectors de la contractació pública, motiu pel qual s'ha d'analitzar detalladament, tant la idoneïtat de la seva inclusió, com també la forma en què s'inclou en els plecs.

**Barcelona, 16 de novembre de 2018.**