

As cláusulas de emprego e condicións de traballo na contratación pública no dereito da Unión Europea¹

Las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en la contratación pública en el derecho de la Unión Europea

Employment and working conditions clauses in public procurement in EU Law



JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Profesor contratado doutor de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
josemaria.miranda@usc.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: O ordenamento da Unión Europea, paulatinamente, foi admitindo a presenza de cláusulas de contido socio-laboral na contratación pública. A evolución histórica da normativa pon de manifesto que foi un proceso longo e lento, pero a nova Directiva 2014/18/UE semella augurar a consolidación desta situación. A xurisprudencia do Tribunal de Xustiza foi, pola súa parte, bastante errática. Nun primeiro momento admitiu, sen apoio normativo ningún, a presenza destas cláusulas no tráfico xurídico público. A continuación, coas emblemáticas sentenzas *Rüffert* e *Bundesdruckerei*, as tornas cambiaron completamente, ao impor taxativamente o respecto das liberdades mercantís. A moi recente sentenza *Regiopost*, en cambio, apostou firmemente pola admisibilidade de cláusulas sobre salario mínimo.

Palabras clave: Administración pública, contratación pública, cláusulas sociais, cláusulas de emprego e condicións de traballo, dereito da Unión Europea.

Resumen: El ordenamiento de la Unión Europea, paulatinamente, fue admitiendo la presencia de cláusulas de contenido socio-laboral en la contratación pública. La evolución histórica de la normativa pone de manifesto que fue un proceso largo y lento, pero la nueva Directiva 2014/18/UE parece augurar la consolidación de esta situación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia fue, por su parte, bastante errática. En un primer momento admitió, sin apoyo normativo alguno, la presencia de estas cláusulas en el tráfico jurídico público. A continuación, con las emblemáticas sentencias *Rüffert* y *Bundesdruckerei*, las tornas cambiaron completamente, al imponer taxativamente el respeto de las libertades mercantiles. La muy reciente sentencia *Regiopost*, en cambio, apostó firmemente por la admisibilidad de cláusulas sobre salario mínimo.

Palabras clave: Administración pública, contratación pública, cláusulas sociales, cláusulas de empleo y condiciones de trabajo, derecho de la Unión Europea.

Abstract: EU Law, gradually, has incorporated the possibility of clauses related to social and work issues in public procurement. The historical evolution of this normative shows clearly the length of this slow

itinerary; nonetheless, the new Directive 2014/18/EU can be seen as a herald of the consolidation of this trend. The case law of the European Court of Justice, on the other hand, has been erratic. In a first moment, it admitted, without any legal base, the presence of this type of clauses in the public legal traffic. Next, with the emblematic rulings *Rüffer* and *Bundesdruckerei*, the tables turned completely, imposing the most severe respect for the economic freedoms. Surprisingly, the recent ruling *Regiopost* has changed again the trend, betting firmly on the possibility of clauses establishing minimum wages.

Key words: Public Administration, public procurement, social clauses, employment and working conditions clauses, European Union Law.

Sumario: 1 O matiz terminolóxico previo: cláusulas sociais fronte a cláusulas de emprego e condicións de traballo. 2 A normativa da UE en materia de contratos públicos: un breve panorama histórico. 3 O dereito vixente. 4 O dereito que chega. 5 Inciso: de novo sobre a transcendencia do dereito da competencia no ámbito social. 6 Os desprazamentos transnacionais de traballadores nas directivas de contratos públicos. 7 O caso *Rüffert*. 8 A sentenza *Bundesdruckerei*. 9 O inesperado cambio de sentido na xurisprudencia do Tribunal de Xustiza sobre o salario mínimo e os contratos públicos. 10 Un esbozo de conclusión. 11 Bibliografía.

1 O MATIZ TERMINOLÓXICO PREVIO: CLÁUSULAS SOCIAIS FRONTE A CLÁUSULAS DE EMPREGO E CONDICIÓNS DE TRABALLO

Antes de abordar a análise da lexislación vixente na Unión Europea e a futura, cómpre comezar cunha breve precisión terminolóxica. Na normativa que se recolle neste traballo non faltan as mencións de orde social e laboral, pois tal é o deslinde terminolóxico: por unha banda está “o social” e pola outra o relativo ao emprego e ás condicións de traballo.

A redacción inicial destas cuestións na normativa e documentación que se exporá, posiblemente elaborada en francés, semellaba indicar unha correspondencia co *droit social*, entendido en termos xerais como o conxunto do dereito do traballo, do dereito da protección social e o da asistencia social, “chamado así por ter nacido da preocupación de enfrontarse á cuestión social xurdida da Primeira Revolución Industrial”².

Examinando as versións lingüísticas do artigo 18.2 da Directiva 2014/24/UE, esta dicotomía aparece exposta en termos lexislativos, que nalgúns idiomas pode semellar superflua ou redundante, mentres que noutros casos si ten unha transcendencia real. Así, obsérvase unha mención ao respecto do ordenamento xurídico, no caso do texto alemán (*sozial-und arbeitsrechtlichen*), checo (*sociálního a pracovního práva*), danés (*social-og arbejdsmarkedsløvgivning*), francés (*droit (...) social et du travail*), inglés (*social and labour law*), italiano (*diritto (...) sociale e del lavoro*), holandés (*sociaal en arbeidsrecht*), húngaro (*szociális és munkajogi követelményeket*) ou sueco (*social-och arbetsrättsliga*).

A versión en castelán, porén, fala de obrigas establecidas en materia *social o laboral*, xa non de dereito. As versións portuguesa e romanese coinciden ao referirse, respectivamente, ás *obrigações aplicáveis em matéria (...) social e laboral* e *obligațiile aplicabile în domeniul (...) social și al muncii*. Nestes tres textos, a noción apártase do terreo da normativa e semella facer referencia a unha cuestión de perfís máis amplos e menos xurídicos.

Esta situación carecería, no fondo, de transcendencia se o desenvolvemento real da posta en práctica da normativa da Unión Europea non tivese borrado por completo a idea clásica reflectida na maior parte dos idiomas. No tratamento que se fixo no século XXI desta materia,

os contidos “sociais” afastáronse por completo da vella cuestión social. Responden hoxe en día, en cambio, aos intereses da sociedade contemporánea.

É un exemplo perfecto desta evolución a enumeración incluída no Libro verde de 2011 sobre a modernización da política de contratación pública da UE “Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente”³: «protexer o medio ambiente, facer un uso máis eficiente dos recursos e da enerxía e loitar contra o cambio climático, promover a innovación e a inclusión social e asegurar as mellores condicións posibles para a prestación de servizos públicos de alta calidade».

As cláusulas de emprego e condicións de traballo, que se intentan deslindar aquí das cláusulas simplemente sociais, tamén aparecen exemplificadas no Libro verde, malia non existir unha listaxe comparable á anterior. Pola contra, cómpre realizar unha criba, principalmente na consulta dirixida pola Comisión aos *stakeholders*. Resultan especialmente relevantes as preguntas 74 e 75, onde se interrogaba, na segunda, sobre as cláusulas sociais (entre outras), e na primeira polas abstrusamente redactadas “consideracións sociais relacionadas co emprego e as condicións laborais dos traballadores”. A pregunta 76, pola súa parte, cuestionaba a conveniencia de establecer xa ao nivel da UE determinadas cláusulas xerais de execución do contrato, en particular as relacionadas co emprego e as condicións laborais dos traballadores que participaban na súa execución. Por último, ao considerar se sería posible separar as cláusulas deste tipo dunha vinculación estreita coa execución do contrato, sinalaba especificamente actuacións concibidas como «política de emprego que respecte a igualdade de xénero, ou unha política xeral de cotas de emprego de categorías específicas de persoas, por exemplo, desempregados, persoas con discapacidade».

En definitiva, a identificación das cláusulas sociais coa materia socio-laboral concluíu, aínda que de forma laxa siga conservando a súa validez, dado o carácter inconstante da terminoloxía. A extensión do termo é moito máis ampla que o máis concreto “cláusulas de emprego e condicións de traballo” e apunta a distintas finalidades, especialmente tras afianzarse a idea de responsabilidade social empresarial. Non obstante, facer un cabalo de batalla desta cuestión é esforzo van, xa que a inercia asegura a subsistencia dos termos empregados tradicionalmente.

2 A NORMATIVA DA UE EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS: UN BREVE PANORAMA HISTÓRICO

A importancia económica da licitación pública en Europa non se pode pasar por alto. As operacións derivadas da contratación do sector público nos anos anteriores ás doutrinas económicas da década dos oitenta representaban un segmento moi considerable do mercado. Aínda en anos posteriores, nun modelo de menor intervención estatal, a relevancia económica do sector facía especialmente desexable unha regulación que favorecese o tráfico internacional. De acordo con cifras manexadas pola propia Comisión Europea, hoxe en día representa case o 20% do PIB da Unión⁴.

O acervo comunitario a propósito da contratación pública ten xa unha longa tradición, que se remonta no tempo ata o ano 1971, coa tríade composta pola Directiva 71/304/CEE do Consello, relativa á supresión das restricións á libre prestación de servizos no sector dos contratos administrativos de obras e á adxudicación de contratos administrativos de obras por medio de axencias ou sucursais; a Directiva 71/305/CEE do Consello, sobre coordinación dos procede-

mentos de adxudicación dos contratos públicos de obras; e a Decisión do Consello, do 26 de xullo de 1971, de creación dun comité consultivo para os contratos públicos de obras.

Nos anos noventa, o acervo comunitario dotouse de varias normas que abordaban de forma pormenorizada a cuestión. Tratábase, entre outras, das directivas 92/50/CEE do Consello, do 18 de xuño de 1992, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de servizos; 93/36/CEE do Consello, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de subministración; e 93/37/CEE do Consello, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras.

Paga a pena sinalar, para ir abordando xa o tema que centrará o contido deste traballo, que en ningunha delas había a mínima mención da materia social⁵. Era unha clara testemuña da preponderancia da Dirección Xeral de Mercado Interior da Comisión Europea sobre a Dirección Xeral de Emprego e Asuntos Sociais⁶, aínda na época en que Jacques Delors tentaba insuflar unha *alma social* no nacente Mercado Interior.

A carencia normativa, en calquera caso, era evidente. En 1996 adoptouse o Libro verde “A contratación pública na Unión Europea: reflexións para o futuro”⁷, por iniciativa do daquela comisario de Mercado Interior, Mario Monti, xa na Comisión Santer. O libro dedicaba unha epígrafe específica, dentro do capítulo “Contratación pública e outras políticas comunitarias”, a “contratación pública e políticas sociais”, os apartados 5.38 a 5.44. O tratamento era manifestamente pobre, ofrecendo exemplos tan pintorescos como cualificar de cláusula social a exclusión dos empresarios que cometesen delitos contra a súa moralidade profesional. Incluía algunhas reflexións sobre as cláusulas de acción positiva e a distinción entre concesión e execución do contrato, pero remataba concluíndo a necesidade dunha comunicación interpretativa do acervo vixente que aclarase «as posibilidades que o dereito de contratación pública lles ofrece ás diversas categorías afectadas para realizar os obxectivos comunitarios e nacionais de política social. Así mesmo, cómpre determinar se estas posibilidades son suficientes para responder ás necesidades, ou se serán necesarias outras medidas para garantir a consecución destes obxectivos na aplicación das normas comunitarias sobre os contratos públicos, ao tempo que se salvagarda unha competencia leal». As palabras terribles de peche anunciaban como heraldo de catástrofe o que había de ser o devir xurisprudencial, non moito tempo despois, da materia ante o Tribunal de Xustiza en Luxemburgo.

Na súa Comunicación de 1998 “A contratación pública na Unión Europea”⁸, a Comisión tentou resolver algunhas das interrogantes que se estableceran no Libro verde, e entre elas atopábase a vertente social. Baixo o pomposo título “Alcanzar e consolidar un efecto de sinerxía con outras políticas comunitarias”, a Comisión dedicoulle unha epígrafe a esta cuestión. Basicamente, admitiu a posibilidade de excluír contratistas que violasen a lexislación social vixente e aceptou a posibilidade de incluír cláusulas de acción positiva, potenciando mulleres e colectivos desfavorecidos, como condición de execución do contrato. Consideraba, en definitiva, que, malia non existiren previsións expresas, había suficiente marxe de actuación para os poderes públicos. Pero non resolveu de xeito completo a cuestión: a comunicación interpretativa da dimensión social quedaba aínda pendente de desenvolvemento e elaboración.

Estes chegaron en 2001, coa “Comunicación interpretativa da Comisión sobre la lexislación comunitaria de contratos públicos e as posibilidades de integrar aspectos sociais nesos contratos”⁹. A preocupación central da Comisión, en todo caso, era evitar que se producisen situacións

en que se eliminasen os competidores estranxeiros. Baixo ningún concepto podería tolerar o executivo comunitario que coa forma de preocupacións sociais se establecesen barreiras á libre competencia, e en varios parágrafos do texto recalcábase esta cuestión¹⁰.

3 O DEREITO VIXENTE

No momento de pecharse estas liñas, están vixentes, xa por pouco tempo, dúas directivas do Parlamento Europeo e do Consello, ambas do 31 de marzo de 2004, que simplificaron o panorama legislativo existente¹¹. Trátase da Directiva 2004/17/CE, sobre a coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos nos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e dos servizos postais, e da Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizo. Como se pode ver, unha está dedicada a obxectivos específicos, os denominados “sectores excluídos”¹², mentres que a outra adopta un perfil máis xeral. Non debe ser esquecido, non obstante, que, conforme a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, aínda os contratos públicos que non quedan cubertos polo ámbito das directivas están sometidos ás disposicións xerais dos tratados, en especial no relativo ao dereito da competencia e á libre prestación de servizos.

A Directiva 2004/18/CE recolleu¹³, polo menos formalmente, o indicado nas comunicacións da Comisión expostas, abrindo a porta á denominada “utilización estratéxica da contratación pública”¹⁴, a “modulación teleolóxica das regras da contratación administrativa”¹⁵. A preocupación que transmitían os diversos documentos de traballo intermedios atopaba así un certo acomodo na normativa da Unión, grazas á intervención do Parlamento Europeo no proceso legislativo¹⁶.

Todo o elenco de mencións podería, nunha síntese preliminar, agruparse en tres chanzos. En primeiro lugar, o establecemento do obxecto mesmo do contrato cunha finalidade socio-laboral¹⁷; en segundo lugar, a utilización de estándares laborais como criterio de selección; e, en terceiro lugar, o uso de indicadores laborais para a selección ou a exclusión de candidatos¹⁸.

Así, nos seus considerandos iniciais, falábase do emprego e do traballo como elementos esenciais para a obtención da igualdade na sociedade e a consecución da igualdade de oportunidades. Con esta entrada, anunciábase a posibilidade de reservar a participación ou de condicionar a execución dos contratos públicos á intervención de establecementos especializados no emprego de discapacitados.

En liña con esta afirmación, posteriormente sinalábase que as condicións á hora de licitar contratos públicos podían ter como obxecto «favorecer a formación profesional no lugar de traballo, o emprego de persoas que teñan especiais dificultades de inserción, combater o paro», entre outras finalidades admitidas. Como se ve, neste escenario o emprego sería un elemento central á hora de perfilar o contrato mesmo¹⁹.

Na enumeración exemplificativa recollida no considerando 33, referente á execución do contrato, falábase de «contratar desempregados de longa duración ou de organizar accións de formación para os desempregados ou os mozos, de respectar no substancial as disposicións dos convenios fundamentais da Organización Internacional do Traballo (OIT) no suposto de que estes non se tivesen aplicado no dereito nacional, de contratar un número de persoas discapacitadas superior ao que exige a lexislación nacional».

Inmediatamente a continuación, o considerando 34 sinalaba algo obvio, pero que, non obstante, faría bo o dito de Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord no inicio do Congreso de

Viena: “*Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant*”. O obvio era sinalar que «as leis, regulamentacións e convenios colectivos, tanto nacionais como comunitarios, vixentes en materia de condicións de traballo e de seguridade do traballo, se aplicarán durante a execución dun contrato público, sempre que as ditas normas, así como a súa aplicación, se axusten ao dereito comunitario». É de imaxinar que o resto do ordenamento xurídico se atopa sometido á mesma condición sen que a directiva o mencione, salvo que a finalidade non declarada deste artigo sexa recalcar a espada de Damocles que pende sobre a lexislación laboral. A afirmación de que o seu incumprimento podería implicar a exclusión da licitación tería, a finais de 2015, insospeitadas consecuencias xudiciais.

Todas estas intencións traducíanse en varios preceptos da directiva. En primeiro lugar, o artigo 19 abría a posibilidade de condicionar tanto as licitacións como a súa execución á participación nela de traballadores discapacitados, concretamente no caso de empresas en que a maioría do seu persoal tivese tal condición. O título do artigo, “contratos reservados”, indica claramente a potestade do poder público de acoutar este tipo de contratos cando a finalidade o xustifique²⁰. Non obstante, non pode deixar de observarse, cunha lamentable dose de pragmatismo, que a escasa contía económica deste tipo de contratos lle permite ao ordenamento da Unión Europea salvar a cara presentando unha sensibilidade social que implica un custo escaso, se non nulo, para a libre prestación de servizos.

A propósito doutro tipo de limitacións, no seu artigo 26, a directiva recollía que «as condicións en que se execute un contrato poderán referirse, en especial, a consideracións de tipo social e ambiental». A mención debe entenderse, no entanto, coas precisións terminolóxicas apuntadas antes. Xa non se pensa unicamente no traballo e no emprego, senón noutros beneficios para a sociedade.

Á súa vez, o seu artigo 27.1 sinalaba que «o poder adxudicador poderá sinalar, ou ser obrigado por un Estado membro a sinalar, no prego de condicións, o organismo ou organismos dos que os candidatos ou licitadores poidan obter a información pertinente sobre as obrigas relativas ás (...) disposicións en materia de protección e ás condicións de traballo vixentes no Estado membro, a rexión ou a localidade en que se vaian realizar as prestacións e que serán aplicables aos traballos efectuados na obra ou aos servizos prestados durante a execución do contrato». Estes deberes de información sobre o estándar laboral non teñen, verdadeiramente, gran relevancia, xa que en pouco difiren do obrigado cumprimento da normativa vixente.

Por último, esta exixencia pódese traducir, así mesmo, na capacidade para o Estado (artigo 55) de revisar as ofertas anormalmente baixas, cando a dita anomalía poida provir do incumprimento da normativa laboral.

A posta en práctica desta normativa tiña o seu *manual de instrucións* nun documento preparado pola Comisión, conxuntamente pola Dirección Xeral de Emprego, Asuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades e pola Dirección Xeral de Mercado Interior e Servizos, titulado “Adquisicións sociais. Unha guía para considerar aspectos sociais nas contratacións públicas”²¹. Non se pode pasar por alto o simbolismo do título, que xa acollía a moderna terminoloxía de “responsabilidade social”, así como a case incompreensible mención das adquisicións sociais, unha mala tradución do francés *acheter social*.

Este texto ofrecía unha caracterización exemplificativa deste tipo de cláusulas, que de ningún xeito pode ser considerada exhaustiva: «As “contratacións públicas socialmente responsables” refírense ás operacións de contratación que teñen en conta un ou máis dos seguintes aspectos

sociais: oportunidades de emprego, traballo digno, cumprimento cos dereitos sociais e laborais, inclusión social (incluídas as persoas con discapacidade), igualdade de oportunidades²², deseño de accesibilidade para todos, consideración dos criterios de sustentabilidade, incluídas as cuestións de comercio ético e un cumprimento voluntario máis amplo da responsabilidade social das empresas (RSE), á vez que se respectan os principios consagrados no Tratado da Unión Europea (TUE) e as directivas de contratación»²³.

É doado constatar que a noción se expande de novo, nun conxunto social 2.0 onde case todo ten cabida. O documento desenvolvía cunha certa intensidade a mencionada lista, elaborando un apreciable catálogo de cuestións socio-laborais que permitirían matizar os contratos públicos, se se chegasen a aplicar en toda a súa extensión. E seguía a continuación, de xeito un tanto sorprendente, un excursio sobre a vinculación entre os contratos públicos e o modelo social europeo. O resto do documento contiña instrucións detalladas para as administracións públicas nacionais sobre a forma de incorporar este tipo de cláusulas ás súas licitacións²⁴.

4 O DEREITO QUE CHEGA

En 2016 entrarán en vigor dúas novas directivas, froito case póstumo da Comisión Durão Barroso, que substituirán as dúas indicadas²⁵, e ás que se lles engade un terceiro pilar relativo ás concesións. Non nacerán no baleiro, senón que forman parte dun amplo paquete de medidas, reflectido na Comunicación da Comisión “Cara a unha Acta do Mercado Único: por unha economía social de mercado altamente competitiva”²⁶, a cal incluía a reforma sobre a contratación pública como unha das doce accións prioritarias inscritas na denominada Acta do Mercado Único²⁷. Seguirona o xa mencionado Libro verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE “Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente”²⁸, en xaneiro de 2011, e a Resolución do Parlamento Europeo do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública.

A primeira das normas futuras é a colosal Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que derroga a anterior Directiva 2004/18/CE a partir do 18 de abril de 2016 e que ocupa nada menos que 179 páxinas do *Diario Oficial da Unión Europea*. Nela a dimensión socio-laboral gañou en presenza. A segunda, mantendo o binomio existente, é a Directiva 2014/25/UE, relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais e pola que se derroga a Directiva 2004/17/CE. Como pode verse, esta perdura co seu obxectivo específico, mentres que a primeira das dúas gañou en dimensión, ao dedicarse agora, con carácter xeral, á contratación pública, entendida en toda a súa extensión, salvo as excepcións expresas. A novidade é achegada pola Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión²⁹. De novo porase a atención principal na primeira delas.

Nos considerandos iniciais pódense atopar diversas referencias respecto da lexislación laboral e das condicións de traballo, subliñando o papel dos convenios colectivos e da lexislación internacional. Repítense así mesmo as alusións xa existentes á protección de colectivos en situación desfavorable. A elas engadíronse novas condicións, como é a conciliación da vida laboral e familiar, entre outras. Os subcontratistas, ademais, pasan a estar incluídos nesta cadea de obrigas.

O artigo 18.2 recolle o que a partir de agora será o recoñecemento de estándares laborais na execución, plasmando no articulado o que antes só se reflectía nos considerandos da norma: «Os Estados membros tomarán as medidas pertinentes para garantir que, na execución de contratos públicos, os operadores económicos cumpren as obrigas aplicables en materia ambiental, social ou laboral establecidas no dereito da Unión, o dereito nacional, os convenios colectivos ou polas disposicións de dereito internacional ambiental, social e laboral enumeradas no anexo X». No que ao dereito do traballo afecta, o recollido no dito anexo son os oito convenios fundamentais da OIT. Volverase sobre eles a propósito dos desprazamentos transnacionais de traballadores. En canto aos convenios colectivos, non hai que esquecer, nunca, a doutrina *Rüffert*. En virtude do artigo 71, por riba, este deber de respecto esténdese tamén de forma expresa aos subcontratistas, facendo así crecer a cadea de responsabilidades.

Esta “cláusula social horizontal”³⁰ é a tradución xurídica das boas intencións que expresaba o artigo considerando da directiva anterior, dando o crucial paso das exposicións de motivos ao articulado da norma. Formalmente, débese considerar un logro. Materialmente, imponse unha dose de escepticismo. Cómpre lembrar que na execución dun contrato público se respecta o ordenamento xurídico? Pódese interpretar, *sensu contrario*, que o resto da normativa dun país non ha de ser tida en conta? Este argumento é unha redución ao absurdo, por suposto, pero serve para pór de relevo o carácter de “brinde ao sol” do precepto.

Este artigo engárzase directamente co artigo 56, en que se faculta os Estados para denegarlle ao mellor ofertante a licitación, se se constata que non respecta o indicado no artigo 18.2. Velaquí a doutrina *Regiopost*, que se comentará ao final do traballo, plasmada nunha directiva que non entrou en vigor, *avant la lettre*.

O artigo 20 recolle, pola súa parte, o xa referido na Directiva 2004/18/CE aos traballadores discapacitados. Pero engade unha importante modificación, ao incluír no ámbito dos contratos reservados aos traballadores “desfavorecidos”, sobre cuxa caracterización se volverá máis adiante. É un avance moi considerable, xa que as cláusulas sobre discapacidade son frecuentes nos ordenamentos nacionais, pero non así estas últimas³¹. Certamente, non é unha cláusula obrigatoria, senón unha posibilidade para os Estados, pero o feito de crear esta habilitación legal debe ser valorada de forma positiva³². Por outra parte, hai que sinalar que a mención á maioría do persoal na Directiva de 2004 se transforma nun 30% coa nova regulación.

A condena pola realización de traballo infantil, ademais, é unha causa de exclusión de contratación, conforme o artigo 57. O artigo 69 trata o xa existente a propósito da capacidade de rexeitar as ofertas anormalmente baixas, incluíndo entre os motivos de exclusión a falta de respecto das condicións laborais.

O artigo 70, por último, matiza o disposto no artigo 26 da anterior directiva a propósito das condicións para a execución do contrato, ao sinalar que «as ditas condicións poderán incluír consideracións económicas ou relacionadas coa innovación, consideracións de tipo ambiental, social, ou relativas ao emprego». Exixe o precepto, non obstante, que as condicións estean ligadas ao obxecto do contrato, o cal pode verse como un matiz que desvirtúa por completo o inicialmente optimista contido do artigo³³.

Facendo balance de luces e sombras³⁴, o resultado desta directiva, aparentemente, fai do respecto á lexislación laboral un puntal firme do proceso de contratación pública en Europa³⁵. Rexístranse nela importantes avances no recoñecemento dun mínimo social, pero queda aínda superar a ordalía definitiva.

En efecto, se a Unión Europea resultase destruída por un algún tipo de catástrofe posmoderna e un xurista alienígena do futuro estudase o aquí considerado a partir dos documentos enumerados, concluiría sen dúbida que o social era un elemento de referencia indispensable na contratación pública europea. Porén, o xurista contemporáneo non pode compartir plenamente esa avaliación ao considerar a obra do Tribunal de Xustiza.

5 INCISO: DE NOVO SOBRE A TRANSCENDENCIA DO DEREITO DA COMPETENCIA NO ÁMBITO SOCIAL

Como se puido constatar ata agora, a normativa analizada contén referencias a determinados grupos de persoas, buscando favorecer o seu acceso ao emprego, pero sen conter caracterización ningunha deles. Para a súa correcta identificación neste contexto, cómpre acudir ao Regulamento (UE) núm. 651/2014 da Comisión, do 17 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axudas compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 do tratado.

Esta norma, estrito dereito da competencia, contén catro definicións relevantes no que agora nos ocupa. En primeiro lugar, o seu artigo 2.3 caracteriza o traballador con discapacidade como «toda persoa que estea recoñecida como persoa con discapacidade segundo a lexislación nacional, ou teña deficiencias físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais a longo prazo que, ao interactuaren con diversas barreiras, poidan dificultar a súa participación plena e efectiva nun ámbito de traballo, en igualdade de condicións cos demais traballadores». Para os efectos de interpretar esta definición, en calquera caso, debe terse en conta a interpretación expansiva que da noción de discapacidade levou a cabo o Tribunal de Xustiza nas sentenzas *HK Danmark* e *Kaltoft*.

En segundo lugar, o artigo 2.4 caracteriza os traballadores desfavorecidos como «toda persoa que no tivese un emprego fixo remunerado nos seis meses anteriores, ou teña entre 15 e 24 anos, ou non conte con cualificacións educativas de formación secundaria ou profesional superior (Clasificación Internacional Normalizada da Educación 3), ou finalizase a súa educación a tempo completo nos dous anos anteriores e non tivese antes un primeiro emprego fixo remunerado, ou teña máis de 50 anos, ou sexa un adulto que viva como solteiro e do que dependan unha ou máis persoas, ou traballe nun sector ou profesión nun Estado membro onde o desequilibrio entre sexos sexa polo menos un 25% superior á media nacional no conxunto dos sectores económicos do Estado membro de que se trate, e forme parte dese grupo de xénero subrepresentado, ou sexa membro dunha minoría étnica nun Estado membro e necesite desenvolver o seu perfil lingüístico, de formación profesional ou de experiencia laboral para mellorar as súas perspectivas de acceso a un emprego estable». Non é posible describir con maior precisión as principais vítimas da crise que sacudiu os alicerces de Europa.

En terceiro lugar, o artigo 2.99³⁶ define o traballador moi desfavorecido como «toda persoa que non tivese un emprego fixo remunerado durante polo menos 24 meses, ou non tivese un emprego fixo remunerado durante polo menos 12 meses e pertenza a unha das categorías b) a g) mencionadas na definición de “traballador desfavorecido”».

En cuarto e último lugar, o artigo 2.100 caracteriza o emprego protexido como o «emprego nunha empresa cuxo cadro de persoal estea composto, como mínimo, por un 30% de traballadores con discapacidade».

6 OS DESPRAZAMENTOS TRANSNACIONAIS DE TRABALLADORES NAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS

A perspectiva de optimismo laboral debe ser matizada, iso si, cando se aborda a cuestión da contratación transnacional, un elemento de gran relevancia dentro do obxectivo de liberalización do mercado de servizos. Os dez anos que corren entre unha e outra directiva supoñen o paso da Europa dos 15 á dos 28 e no ámbito laboral esa transición é particularmente relevante. As mencións aos desprazamentos transnacionais de traballadores multiplicáronse nos considerandos iniciais.

En efecto, a Directiva de 2004 limitábase a sinalar, no seu considerando 34, que «para as situacións transfronteirizas, en que os traballadores dun Estado membro prestan os seus servizos noutro Estado membro para a realización dun contrato público, a Directiva 96/71/CE (...) enuncia as condicións mínimas que cómpre respectar no país de acollida en relación cos ditos traballadores desprazados. Se o dereito nacional considerase disposicións para tal efecto, o incumprimento desas obrigas poderase considerar unha falta grave ou un delito que lle afecta á moralidade profesional do operador económico, podendo causarlle a súa exclusión do procedemento de adxudicación dun contrato público». Esta era, a primeira vista, unha indicación neutra, unha simple mostraxe do ordenamento en vigor.

A directiva de 2014, en cambio, altera por completo o enfoque, incluíndo dúas relevantes mencións nos seus considerandos iniciais. A primeira aparece no número 37, matizando as medidas de vixilancia do respecto da lexislación laboral: «As ditas medidas pertinentes débense aplicar de conformidade coa Directiva 96/71/CE (...) e dun xeito que garanta a igualdade de trato e non discrimine, directa ou indirectamente, os operadores económicos e os traballadores doutros Estados membros».

Recalcando esta dimensión da protección transnacional, hai que sinalar o número 98: «É fundamental que os criterios de adxudicación ou as condicións de execución dun contrato relacionados cos aspectos sociais do proceso de produción se refiran ás obras, subministracións ou servizos que se deban facilitar de acordo co contrato de que se trate. Ademais, deberíanse aplicar de conformidade coa Directiva 96/71/CE, segundo é interpretada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, e non elixirse ou aplicarse dunha forma que discrimine, directa ou indirectamente, os operadores económicos doutros Estados membros ou de países terceiros que sexan parte no ACP ou nos acordos de libre comercio en que a Unión sexa parte. Por conseguinte, os requisitos que lles afecten ás condicións básicas de traballo reguladas pola Directiva 96/71/CE, como as contías de salario mínimo, deben seguir situándose no nivel establecido pola lexislación nacional ou por convenios colectivos que se aplican de conformidade co dereito da Unión no contexto da dita directiva».

A mención da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza interpretando a Directiva 96/71/CE debería chamar a espanto o lector, dado que se alude veladamente ao caso *Rüffert*. E non menos pavor deberían suscitar as referencias ao ACP e os acordos de libre comercio. Nos días en que o máis parecido a un fantasma que percorre Europa é o TTIP, a indicación permite visualizar unha nova versión do Desembarco de Normandía protagonizada por traballadores desprazados e non a 101ª Aerotransportada.

É neste momento cando cobran relevo as indicacións a propósito do respecto dos convenios fundamentais da OIT. Como é sabido, estes xa foron utilizados anteriormente como un criterio de referencia pola Unión Europea. En efecto, xa o Regulamento (CE) núm. 980/2005 do Conse-

llo, un acto enmarcado na política comercial común, recollía un réxime denominado “réxime de estímulo do desenvolvemento sustentable e o bo goberno” (SPX+). A exigencia de respecto da normativa internacional estendeuse a outros acordos que van máis alá do estritamente social³⁷. Os beneficios do seu cumprimento e as consecuencias da súa infracción localízanse no plano arancelario. O que serviu, polo tanto, para o comercio de mercadorías trasládase agora ao tráfico de servizos e prestacións para os poderes públicos.

7 O CASO RÜFFERT

Sete anos despois desta sentenza, resulta ocioso volver sobre o caso *Rüffert*³⁸, do que xa está todo escrito. Non foi, de ningún xeito, a primeira sentenza do Tribunal de Xustiza en materia de contratación pública condicionada por cláusulas de tipo laboral³⁹. Baste con lembrar, simplemente, que naquela ominosa ocasión a subcontratista polaca dunha empresa alemá, gañadora dunha licitación de obra pública, aboaba salarios inferiores aos establecidos no convenio da construción. O Tribunal de Xustiza resolveu naquela ocasión que exixir o respecto do dito convenio pola Administración licitadora era contrario á libre prestación de servizos, atendendo moi significativamente á falta de carácter universal da regulación exixida.

Non está de máis sinalar que en toda a sentenza non houbo unha soa mención da Directiva 2004/18/CE. Si foi mencionada nas conclusións do avogado xeral como un factor considerable á hora de delimitar as condicións de contratación: «a adxudicación de contratos públicos permite tamén a realización doutras necesidades de interese xeral». O feito de que o tribunal pasase por alto esta indicación foi obxecto dunha pregunta escrita no Parlamento Europeo⁴⁰. A Comisión, na súa resposta un tanto inxusta, indicou outro parágrafo das propias conclusións en que o avogado xeral consideraba que a Directiva 93/37/CEE, antecesora da 2004/18/CE, non resultaba relevante para o caso.

8 A SENTENZA BUNDESDRUCKEREI

Tras uns anos de silencio, as cláusulas deste tipo volveron ao Tribunal de Xustiza. En efecto, a sentenza do 18 de setembro de 2014, *Bundesdruckerei GmbH e Stadt Dortmund*, asunto C-549/13⁴¹, engadiuse á ominosa lista de sentenzas do Tribunal de Xustiza nas cales as liberdades mercantís desgarran gravemente o tecido da Europa social.

Na situación estudada, a cidade de Dortmund licitara un contrato público relativo á dixitalización de documentos e outras actividades, entre cuxas condicións se lle exixía ao vencedor que lles aboase aos seus traballadores e aos posibles empregados das subcontratistas un salario mínimo por hora de 8,62 euros. Unha das empresas participantes na licitación comunicoulle á Administración que todas as prestacións se realizarían en Polonia, onde tal condición non era viable. Ante a negativa do Concello de Dortmund a eximir do requisito a empresa Bundesdruckerei, esta impugnou a decisión ante un órgano de control da competencia. Como o Tribunal de Xustiza lle recoñece natureza de órgano xurisdiccional, a cuestión prexudicial elevouse.

O feito de que a primeira sentenza citada ao abordar o fondo da cuestión fose a mencionada *Rüffert* xa podía facer intuír por onde se ía dirimir o caso. En efecto, a primeira declaración do tribunal foi considerar inaplicable a Directiva 96/71/CE, xa que non había desprazamento

ningún de traballadores, dado que estes non chegarían a saír nunca de Polonia, onde realizarían integramente as tarefas obxecto da licitación.

O conflito debíase dirimir, pois, no ámbito do artigo 56 TFUE, a libre prestación de servizos. Seguindo de novo *Rüffert*, «a imposición, en virtude dunha normativa nacional, dunha retribución mínima aos subcontratistas dun licitador establecidos nun Estado membro distinto do da entidade adxudicadora e no que os salarios mínimos sexan inferiores constitúe unha carga económica adicional que pode impedir, obstaculizar ou facer menos interesante a execución das súas prestacións no Estado membro de acollida».

A esa restrición opúñase a finalidade de protexer os intereses dos traballadores e evitar o *dumping* social, que foi rexeitada polo tribunal recorrendo por terceira vez aos argumentos de *Rüffert*, considerándoa desproporcionada⁴². En palabras do tribunal, «privaría, por iso, os subcontratistas establecidos neste último Estado membro de obter unha vantaxe competitiva das diferenzas existentes entre as contías dos salarios respectivos»⁴³. O obxectivo de protección do equilibrio da seguridade social seguiu o mesmo camiño, xa que os problemas recaerían en Polonia e non en Alemaña.

E que foi da Directiva 2004/18/CE nesta sentenza? O tribunal despachouna de xeito tallante no considerando 26. “Supuxo” que unha exigencia como a analizada podía ser entendida como unha consideración de tipo social das amparadas pola directiva. Pero eliminou calquera influencia que puidese ter ao afirmar que, en calquera caso, debía estar sometida ao dereito comunitario, conclusión á que chegou de xeito tácito e veloz.

9 O INESPERADO CAMBIO DE SENTIDO NA XURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA SOBRE O SALARIO MÍNIMO E OS CONTRATOS PÚBLICOS

A xurisprudencia descrita do Tribunal de Xustiza en materia de cláusulas de emprego na contratación pública poderíase cualificar como ominosa, cos precedentes dos casos *Rüffert* e *Bundesdruckerei*. En contraste, a Sentenza do 17 de novembro de 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG e Stadt Landau in der Pfalz*, asunto C-115/14⁴⁴, trouxo un sopro de aire fresco para a Europa social que ultimamente era difícil atopar en Luxemburgo. O caso non se diferenciaba en gran medida de acontecementos anteriores⁴⁵, aínda que algúns matices resultaron de enorme importancia á hora de determinar a decisión final do Tribunal de Xustiza.

Acolléndose ás cláusulas sobre emprego e condicións de traballo que ampara a Directiva 2004/18/CE, o Concello de Landau, no Palatinado alemán, estableceu no contexto da adxudicación dun contrato público de servizos postais unha cláusula pola cal lles impuña aos licitadores e aos seus subcontratistas pagar un salario mínimo ao persoal que executase as prestacións obxecto desa licitación. RegioPost, unha das empresas que concorreu ao concurso, considerou que dita cláusula era ilegal e na súa proposta non respectou o seu contido. Obviamente, o Concello non a tivo en conta, e a decisión municipal foi impugnada ante os tribunais. No curso do litixio, estableceuse a cuestión prexudicial, para intentar determinar se a normativa europea era relevante no caso estudado, posto que tanto a autoridade licitadora como a empresa (e as restantes empresas competidoras) se atopaban en Alemaña.

Proba da importancia do asunto é a participación no litixio, ademais das partes implicadas, dos gobernos alemán, danés, italiano, austríaco e noruegués e da Comisión Europea. Para salvar

o obstáculo preliminar das conexións exclusivamente alemás, o Tribunal de Xustiza levou a cabo una finta encadrando o estudo do caso na transposición da Directiva 2004/18/CE e nos posibles efectos disuasorios que a normativa podería ter en prestadores de servizos establecidos noutros Estados membros.

Primeiro gran contraste co caso *Bundesdruckerei*: a sentenza considerou, sen o menor asomo de dúbida, que a cláusula descrita constituía unha “condición especial en relación coa execución do contrato” referida a “consideracións de tipo social” no sentido do artigo 26 da Directiva 2004/18/CE. O que en 2014 era unha simple suposición, aquí transformábase en afirmación rotunda. Procedía, pois, o seu exame de compatibilidade co dereito da Unión, condición á que sempre quedan sometidas este tipo de cláusulas. A norma de contraste, semellaba claro, había de ser a Directiva 96/71/CE.

O feito de que o salario mínimo viñese imposto expresamente por unha norma xeral con rango de lei favoreceu, sen dúbida, que o primeiro exame do tribunal fose positivo. Nada do dito en *Rüffert* podía volver aquí á luz, excepto para ser sinalado expresamente como o modelo de actuación incorrecta por remisión. Examinando a continuación o contraste co artigo 56 TFUE con base no argumento de *Rüffert* sobre a distinción entre aplicación a contratos públicos e privados, o tribunal non atopou obstáculo ningún á validez da norma. Constituía un zócolo mínimo xustificado pola protección dos intereses dos traballadores, e o feito de que se aplicase a todos os contratos públicos dáballe a suficiente natureza de xeneralidade para resistir o contraste coa doutrina xurisprudencial anterior.

En último lugar, a sentenza analizou a validez da exclusión da licitación que impuña a norma, considerada pola empresa como pouco proporcionada. O tribunal non acolleu esta alegación, empregando como criterio de ponderación o considerando 34 da Directiva 2004/18/CE, que indica que a normativa laboral se debe respectar na execución do contrato e que o seu incumprimento pode dar lugar á exclusión do contrato. Por outra parte, sinalou que o cumprimento da obriga non resultaba gravoso en absoluto. En ocasións anteriores, o tribunal condenara medidas nacionais pola burocracia que implicaban⁴⁶, pero non nesta, xa que era de sinxelo cumprimento.

10 UN ESBOZO DE CONCLUSIÓN

O Tribunal de Xustiza, en definitiva, deu indicacións moi claras de como pór en práctica as cláusulas de contido socio-laboral na contratación pública, non para o agrado de todos, certamente⁴⁷. Non deixa de sorprender que nesta ocasión a sala cuarta estivese composta polas tres persoas que compuñan a sala novena, autora de *Bundesdruckerei*, e dous xuíces máis. Tanto cambiou o criterio de afectación ao tráfico transnacional? A lexitimación do *dumping* a distancia que supuxo a sentenza de 2014 atoparía a forma do seu zapato? Esta sentenza pode representar, en conclusión, un importante impulso á nova regulación das cláusulas de emprego e condicións de traballo nos contratos públicos que entrará en vigor en 2016.

A transposición da Directiva 2014/24/UE ofrece agora unha oportunidade para introducir no dereito español as bases dunha contratación pública onde as cláusulas de emprego e condicións de traballo teñan unha importancia considerable. O referendo da sentenza *Regiopost* a unha dimensión social, levada a cabo a través de ferramentas de eficacia xeral, abre un panorama particularmente claro no noso ordenamento, que se adapta á perfección ás exixencias do tribunal.

O anteproxecto de Lei de contratos do sector público de abril de 2015 non chegou a prosperar na pasada legislatura, e a incerta conxuntura política, con todo, non permite aventurar que esta tarefa figure nas prioridades inmediatas do próximo Goberno, sexa cal for a súa cor política. Se a situación de indefinición persiste, España perderá formalmente a ocasión de levar a cabo a transposición e será obxecto, con toda probabilidade, dun recurso por incumprimento exposto pola Comisión Europea. Pero, o máis importante, perderá, materialmente, a posibilidade de incorporar unha boa ferramenta de tutela dos dereitos dos traballadores ao seu sistema de contratación pública.

11 BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Olea, M. 1994. *Introducción al derecho del trabajo*, 5ª ed. Madrid: Civitas.
- Bernete García, J. 2013 «Cláusulas sociales en la contratación pública: Nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local», *Cuadernos de Trabajo Social*, 26 (1), 85-94.
- Borrajó Dacruz, E. 1996. *Introducción al derecho del trabajo*, 9ª ed. Madrid: Tecnos.
- Broche, A. 2015 «L'arrêt "Bundesdruckerei" ou l'effacement de la protection sociale des travailleurs face à la libre prestation de services», <http://blogs.u-paris10.fr/content/l%E2%80%99arr%C3%AAt-%C2%AB-bundesdruckerei-%C2%BB-ou-l%E2%80%99effacement-de-la-protection-sociale-des-travailleurs-face-%C3%A0> (08-01-2016).
- Comisión Europea, 2010 «Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas», <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=es> (08-01-2016)
- Cosculluela Montaner, L. 2007 «La Ley de contratos del sector público», *Revista Española de Control Externo*, 27, 15-40.
- Costa Gonçalves, P. 2015 «A nova contratação pública. As directivas de 2014», en M. Almeida Cerredá e I. Martín Delgado (dirs.), *La nueva contratación pública*, Santiago de Compostela: Campus na Nube.
- Federación Europea da Construción e a Madeira, 2015 «Considérations sociales dans le cadre des marchés publics. Un choix politique! "Mieux vaut prévenir que guérir"», http://www.efbww.org/pdfs/PublicProc_FINAL_FR1_GB2.pdf (08-01-2016).
- Larrazábal Astigarraga, E. 2014 «Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos», *Lan Harremanak*, 31, 135-156.
- Mazuyer, E. 2015 «Droit du travail et passation de marchés publics en Europe», *Observateur de Bruxelles*, 101, 8-12.
- Observatoire Social Européen, 2008 «Les clauses sociales dans les marchés publics», <http://www.ose.be/files/publication/fichesFEC/39-%20Clauses%20mp.pdf> (08-01-2016).
- Paniagua Zurera, M. 2013 «Las empresas de inserción sociolaboral y las cláusulas sociales en la contratación pública: dos instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo», *Revista de Estudos Cooperativos*, 112, 176-212.
- Pélissier et al. 2002. *Droit du travail*, 21ª ed. París: Dalloz.
- Pérez-Illzarbe, J. A. 2006 «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de Servicios Sociales*, 40: 21-30.
- Plataforma Social Europea, 2015 «Des marchés publics pour le progrès social. Guide de la Plate-forme sociale pour la Directive Européenne sur la passation des marchés publics», http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress_fr.pdf (08-01-2016).
- Porta, J. 2015 «Le salaire minimum, un instrument national pour lutter contre le dumping social?», *Montesquieu Law Review*, 3, 101-109.
- Renvoisé et al., 2013 «Les clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et du ministère de l'égalité des territoires et du logement», <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000044.pdf> (08-01-2016).
- Rodríguez Escanciano, S. 2009. *Cláusulas Sociales y Licitación Pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Román Vaca, E. 2006 «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho comunitario. El ejemplo sevillano», *Revista de Dereito Social*, 36, 193-228.
- Schulten et al., 2012 «Pay and other social clauses in European public procurement. An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom», http://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_causes.pdf (08-01-2016).

- Semple, A. 2015 «Living wages in public contracts: A chance to reconsider Rüffert», http://www.procurementanalysis.eu/resources/Living+wages+in+public+contracts_RegioPost.pdf (08-01-2016).
- Ureña Salcedo, J. A. 2011 «Libertades económicas y contratación pública», en J. M. Goerlich Peset (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Vallecilla Gámez, M. R. 2008 «Cláusulas sociales y empresas de inserción: de las inciertas subvenciones a la creación de mercados tutelados», *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, 21, 17-38.
- Van den Abeele, E. 2014 «La nouvelle directive européenne 2014/24/EU: une évolution constructive», [http://clausesociale-bruxelles.be/?ailleurs-aussi_\(08-01-2016\)](http://clausesociale-bruxelles.be/?ailleurs-aussi_(08-01-2016)).
- Vázquez Lacunza, E. 2015 «El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español», en M. Almeida Cerredá y I. Martín Delgado (dirs.), *La nueva contratación pública*. Santiago de Compostela: Campus na Nube.
- Villalba Pérez, F. 2014 «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Nueva época*, 2, 1-20.
- Zúñiga Rial, G. 2008 «El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la contratación pública. Su consideración como criterios de adjudicación de los contratos administrativos», *Dereito*, 17 (2), 65-90.

NOTAS

- 1 Este traballo forma parte dos resultados do proxecto de investigación DER2015-66922-R - A adaptación do ordenamento español á xurisprudencia social do Tribunal de Xustiza.
- 2 Péliissier *et al.*, 2002:58, «[Le Droit du travail] compose, avec la droit de la sécurité sociale et celui de l'aide sociale, un droit social ainsi nommé parce que né du souci de traiter la question sociale surgie avec la première révolution industrielle». E matiza na n. 33, *ibidem*, «Droit social n'a pas le même sens en France ou en Belgique, par exemple, qu'en Allemagne (où il s'agit essentiellement du droit de la protection sociale). L'expression n'a pas, non plus, le sens que lui attribuait G. Gurvitch pour désigner un genre de droit dans lequel le tout (groupe, classe) intervient dans l'enchaînement des prestations et des devoirs (...). Bien que les fondateurs de la revue *Droit social* n'aient pas emprunté à ce sociologue très original, les deux usages de l'expression ont quelque rapport». Na doutrina clásica española, Borrajo Dacruz, 1996:48, «A expresión "dereito social" pode ser equívoca, pois é multívoca: comprende, polo menos, tres posibles acepcións, a saber: o dereito é social en canto regula (...) relacións sociais (...); o dereito preséntase como norma de *orixe estatal* (lexislación) e, á vez, como norma de *orixe social* (costumes, usos sociais positivizados, etc.) (...); o dereito inspírase na idea de xustiza. *A idea social da xustiza* maniféstase no réxime xurídico do traballo por conta allea, e fálase así do dereito *social* do traballo (...) a socialización do dereito é un dos fenómenos característicos do noso tempo, e non só do dereito das relacións de traballo». En contra, Alonso Olea, 1994:37, «Rexeitar a afirmación *dereito social* coa mera afirmación de que se trata dun pleonasma porque todo dereito é social é ignorar as profundas implicacións do que no seu día se chamou problema ou *cuestión social*».
- 3 COM (2011) 15 final, do 27 de xaneiro de 2011.
- 4 Schulten *et al.*, 2012:4, «In 2010, the public sector in the European Union (including public authorities at all levels, state agencies and state - owned enterprises) spent more than 2,400 billion Euros for works, goods and services. This amount corresponds to nearly one fifth (19.7 per cent) of total EU Gross Domestic Product (GDP) varying between 10.5 per cent of GDP in Cyprus and 30.6 per cent in the Netherlands. The money is spent by a very large number of more than 250000 contracting authorities in Europe. In recent years the economic importance of public procurement has even been growing as many European states have followed a policy of liberalization and privatization of public services, so that the state no longer provides such services itself directly but purchases them from private companies and other organizations».
- 5 Rodríguez Escanciano, 2009:159, «Moi significativo é tamén o feito de que durante os traballos de preparación da Directiva 1993/37 (...) os Estados membros se manifestasen explicitamente en contra da introdución de criterios de carácter non estritamente económico para a adxudicación dos contratos». Nas palabras da avogada xeral Kokott, nas súas conclusións no asunto C-368/10, «A persecución de obxectivos ambientais e de política social estivo proscriba durante moito tempo pola lexislación en materia de contratación pública, o que se manifestaba, entre outras cousas, no uso da expresión "obxectivos alleos á adxudicación"».
- 6 Observatoire Social Européen, 2008.
- 7 COM (96) 583, do 26 de novembro de 1996.
- 8 COM (98) 143, do 11 de marzo de 1998.
- 9 COM (2001) 566, do 15 de outubro de 2001.
- 10 Zúñiga Rial, 2008:72, «En todo caso, a Comisión cóidase de establecer que tales cláusulas ou condicións de execución deberán aterse ao dereito comunitario e, en particular, non ter un efecto discriminatorio directo o indirecto para os licitadores doutros Estados, debendo igualmente, y a prol do necesario cumprimento do principio de transparencia, ser obxecto de mención expresa no anuncio do contrato, co fin de que os candidatos ou licitadores teñan coñecemento delas».
- 11 Nótese que foron aprobadas pouco tempo antes da grande ampliación ao centro e ao leste de Europa de 2004. Como sinala o informe elaborado por Renvoisé *et al.*, 2013:7, «il est incontestable que la réflexion européenne structure celle conduite au plan national dans tous les États membres. C'est vrai pour la France qui a pourtant une tradition juridique bien établie, mais c'est vrai peut-être plus encore

pour les nouveaux États membres, dont les marchés sont désormais ouverts à toutes les entreprises établies en Europe, et les entreprises françaises y sont très présentes. L'apport de la démarche européenne à la sécurité juridique souhaitée à juste titre par les entreprises est de ce point de vue indiscutable». As directivas de 2004 poderían ser vistas, polo tanto, como un intento de estruturar a competencia en mercados públicos que se ían abrir ás grandes potencias industriais e de servizos europeas, alterando lixeiramente o punto de vista. O mesmo informe, p. 9, sinalaba a decisiva importancia da xurisprudencia inicial do Tribunal de Xustiza: «Et c'est à ces conditions que les deux types de clauses ont cessé définitivement d'être "étrangers aux marchés", autorisant d'utiliser la commande publique comme un levier de lutte contre le chômage et comme un levier de protection de l'environnement. Dans un souci de garantir la sécurité juridique, le législateur européen, profitant de la réforme/codification intervenue en 2004, a introduit pour la première fois en droit positif la possibilité de recourir aux clauses sociales dans les marchés publics».

- 12 Cosculluela Montaner, 2007:16.
- 13 Sobre a directiva nesta dimensión, Ureña Salcedo, 2011:108 e ss.
- 14 Costa Gonçalves, 2015:24.
- 15 Rodríguez Escanciano, 2009:21. Na p. 113: «A súa principal finalidade debe ser a institucionalización dun modelo de competencia funcional, eficaz e efectiva, o cal debe tomar en consideración os custos sociais reais que o propio sistema competitivo xera».
- 16 Observatoire Social Européen, 2008:4, «Les ministres ont notamment abouti à un compromis ambigu sur la possibilité de prendre en compte des considérations sociales lors de l'adjudication des marchés. Le texte de l'accord permet clairement la prise en compte de critères environnementaux lors des adjudications, en classant les caractéristiques environnementales parmi les critères d'attribution. Le cas des critères sociaux, comme l'emploi obligatoire de personnes handicapées ou exclues du marché du travail, est beaucoup plus ambigu».
- 17 Sobre a nova Directiva de 2014, Larrazábal Astigarraga, 2014:142, «A directiva, como novidade respecto á súa antecesora, aclara o significado da dita vinculación: existirá sempre que o criterio de adxudicación faga referencia a calquera factor que intervén no proceso específico de produción, prestación o comercialización, incluíndo as condicións relativas ao proceso de execución do contrato».
- 18 Román Vaca, 2006:209-210, «Está claro que a oposición empresarial a este tipo de pregos, como a da Comisión Europea, pretende basearse no sacrosanto principio da libre competencia. Pero, coa debida transparencia, en que danan as cláusulas sociais a libre competencia? Debidamente publicitadas, todas as empresas son coñecedoras dos criterios a utilizar pola Administración e todas poderán acomodar a estes a súa política laboral para concorrer en igualdade de condicións cos demais».
- 19 Pérez-Illzarbe, 2006:24, «Salvando as posibles reservas para talleres protexidos destinados a persoas con discapacidade, a Comunidade Europea optou por priorizar a libre competencia a escala europea na contratación administrativa baixo o seu control. Non será doado que admita de verdade a escala europea criterios de adxudicación como, por exemplo, o da porcentaxe de emprego fixo na empresa, xa que o custo do despedimento difire en cada país. Tampouco coinciden en todos os países conceptos como o de "grupos en risco de exclusión social", poñamos por caso».
- 20 Vallecilla Gámez, 2008:24-25, «Máis explícita, con expresión dun gran número de matices resulta a definición desenvolvida no ámbito comunitario no ano 2004 (...) no que contempla unha definición moi extensa de partenariado público-privado, incluíndo, non só algúns contratos públicos, senón tamén partenariados institucionais do estilo das sociedades de economía mixta, sendo este último o que realmente nos interesa desde a perspectiva das empresas de inserción».
- 21 O propio texto indicaba como base o documento da Comisión Europea, 2010.
- 22 Rodríguez Escanciano, 2009:169, «Vistas as previsións destas dúas directivas [2000/78/CE y 2006/54/CE], cabe chegar á conclusión de que a inclusión das cláusulas de calidade social entre os criterios de adxudicación dos contratos non constitúe senón unha acción positiva a favor de certos colectivos que non debe ser limitada, senón potenciada; non en van intentan acelerar o proceso de igualación de oportunidades e compensar unha situación histórica e tradicional de inferioridade».
- 23 Bernete García, 2013:86, «Trátase de concibir a contratación administrativa como un instrumento que posibilite políticas públicas transversais. É unha ferramenta innovadora que lles pode dar un novo pulo ás políticas de emprego, á inserción laboral de colectivos excluídos do mercado de traballo, como parte das políticas sociais de loita contra a exclusión. Conecta perfectamente cun dos eixes da Estratexia Europea de "Inclusión Activa" que fai referencia á vinculación con medidas activas do mercado laboral propiciando mercados laborais inclusivos».
- 24 Schulten *et al.*, 2012:9, «In a recent evaluation report on the "impact and effectiveness of EU Public Procurement Legislation" the European Commission (2011a: ix) came to the conclusion that in practice public procurement is increasingly used to support the achievement of other policy objectives. This is true, in particular, for the promotion of environmental goals but also for the support of innovations and the development of social standards. The Commission's estimation is based on the so in the so – called "Adelphi - Study" which contains a broad empirical evaluation on the "strategic use of public procurement in Europe" (Kahlenborn *et al.*, 2011). According to this study, which carried out among others a web – based survey of contracting authorities (CAs) in Europe, 45 per cent of all surveyed CAs have said that they take into account some form of social considerations in their procurement policy».
- 25 Costa Gonçalves, 2015:20, sobre o asombroso modo de preparación da transposición da anterior normativa en Portugal, case un auténtico exemplo da súa propia posta en práctica: «Num ponto, existe, porém, a convicção de que se vai seguir um modelo diferente do que se adotou aquando da transposição das diretivas de 2004 e que conduziu à elaboração do atual Código dos Contratos Públicos: tudo parece indicar que o trabalho conducente à transposição será realizado diretamente por um organismo público do Estado, não repetindo o regime de outsourcing e a encomenda de tal tarefa a um gabinete de advogados».
- 26 COM (2010) 608, do 27 de outubro de 2010.
- 27 Villalba Pérez, 2014, «A nova directiva sobre contratación pública (...) busca flexibilizar e simplificar os procedementos contractuais pondo á disposición dos poderes adxudicadores algunhas técnicas ou ferramentas de contratación non previstas na Directiva de 2004».
- 28 COM (2011) 15 final, do 27 de xaneiro de 2011.

- 29 Vázquez Lacunza, 2015:292, «Debido a que as directivas comunitarias en materia de contratación pública non regulaban as concesións de servizos, foron continuos os erros na cualificación dos contratos que incluían prestacións de servizos. Esta situación motivou que as características diferenciadoras das concesións de servizos se fosen consolidando a través de numerosas sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE). De aí que a orixe da noción de concesión de servizos, que foi positivizada primeiro na Directiva 2004/18/CE e posteriormente na Directiva 2014/23/UE, derive da xurisprudencia comunitaria».
- 30 Mazuyer, 2015:9.
- 31 Cfr. a valoración da Plataforma Social Europea, 2015:8, «Cependant, les statistiques officielles montrent que les entreprises préfèrent souvent payer une amende plutôt que de respecter la loi. Ceci rend l’insertion des personnes handicapées dans le marché du travail très difficile. Mais en général, il n’y a pas de lois semblables pour les personnes défavorisées. C’est pourquoi la transposition de l’article 20 est d’une importance capitale».
- 32 Larrazábal Astigarraga, 2014:143, «Ademais de aos programas de talleres e empregos protexidos, poderase reservar o dereito a participar nos procedementos de adxudicación ou reservar a súa execución a outro tipo de entidades, tales como cooperativas ou empresas de traballo asociado. A reserva a estas entidades terá que efectuarse exclusivamente no caso dos servizos sociais, culturais e de saúde que se recollen no seu artigo 74 e que leven determinados códigos. Malia iso, cómpre que se aprobe unha norma que garanta esa posibilidade, xa que a directiva deixa en mans dos Estados membros o seu exercicio». Tamén Bernete García, 2013:88, «O Comité Económico e Social Europeo (CESE) recomenda a adxudicación obrigatoria dun número ou unha porcentaxe determinada de contratos específicos a Centros Especiais de Emprego naqueles Estados membros en que exista un número importante de persoas con discapacidade que poden traballar pero que seguen inactivas».
- 33 Plataforma Social Europea, 2015:18, «En pratique, les conditions d’exécution peuvent inclure tous les facteurs compris dans le processus de production spécifique, la fourniture ou la commercialisation de l’objet du contrat. Elles excluent les exigences liées aux politiques générales de l’entreprise, comme la responsabilité sociale des entreprises (RSE)».
- 34 A opinión esperanzada, pero vixiante, da Federación Europea da Construción e a Madeira, 2015:9, «Mais sans conception correcte, cette politique échouera. Par conséquent, la transposition doit être soigneusement suivie, et des mesures concrètes doivent être évaluées et contrôlées depuis la pré-jusqu’à la post-passation des marchés. Les initiatives doivent être bien préparées. Dans l’intervalle, les États membres ont lancé les préparatifs de la transposition, et certaines initiatives sont prometteuses».
- 35 Cfr. o balance de Van den Abeele, 2014, «Certes, il reste encore un long chemin à parcourir pour avoir une législation qui soit totalement compatible avec le développement durable, le respect irréfutable d’un haut niveau de protection sociale et la définition de critères d’emplois de qualité. Mais l’évolution est encourageante notamment au regard du rapport de forces, qui ne penche pas nécessairement en faveur d’une Europe progressiste. Espérons que le nouvelle Commission Junker aura à cœur de confirmer la tendance».
- 36 Numeración que indica sen ningún xénero de dúbida o carácter prolixo deste regulamento.
- 37 O anexo correspondente do regulamento recolle o Pacto internacional de dereitos civís e políticos; o Pacto internacional de dereitos económicos, sociais e culturais; a Convención internacional sobre a eliminación de todas as formas de discriminación racial; a Convención sobre a eliminación de todas as formas de discriminación contra a muller; o Convenio para a prevención da tortura e das penas ou tratos inhumanos ou degradantes; a Convención sobre os dereitos do neno; a Convención para a prevención e a sanción do delito de xenocidio; o Convenio relativo á idade mínima de admisión ao emprego (n.º 138); o Convenio relativo á prohibición das peores formas de traballo infantil e a acción inmediata para a súa eliminación (n.º 182); o Convenio sobre a abolición do traballo forzoso (n.º 105); o Convenio relativo a traballo forzoso ou obrigatorio (n.º 29); o Convenio relativo á igualdade de remuneración entre a man de obra masculina e a man de obra feminina por un traballo de igual valor (n.º 100); o Convenio relativo á discriminación en materia de emprego e ocupación (n.º 111); o Convenio sobre a liberdade sindical e a protección do dereito de sindicación (n.º 87); o Convenio relativo á aplicación dos principios do dereito de sindicación e de negociación colectiva (n.º 98); e a Convención internacional sobre a represión e o castigo do crime de apartheid.
- 38 ECLI:EU:C:2008:189.
- 39 Mazuyer, 2015:8, «Dans un arrêt dit *Beentjes*, la Cour avait jugé valable dans son principe un critère d’attribution additionnel lié à la lutte contre le chômage, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire. Puis, elle avait admis la prise en considération de données sociales dans l’attribution des marchés publics à l’occasion de la passation de plusieurs marchés de travaux ayant pour objet la construction et la maintenance de bâtiments scolaires menées par la région Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord. Dans cet arrêt, l’exigence du lien avec l’objet du marché n’était pas posée. Enfin, dans l’arrêt *Concordia Bus Finland* de 2002, la Cour a reconnu que les critères pouvaient ne pas être tous de nature économique. Les critères d’attribution peuvent prendre la forme d’une combinaison de critères qualitatifs et économiques sous quatre conditions: 1. le critère doit être lié à l’objet du marché; 2. le critère doit être objectif et suffisamment précis, c’est-à-dire que son utilisation ne doit pas donner lieu à une liberté inconditionnée de choix pour le pouvoir adjudicateur; 3. le critère doit respecter les obligations de publicité; 4. le critère ne doit pas violer le principe de non-discrimination». Cfr. a valoración desta xurisprudencia de Paniagua Zurera, 2013:203, «Non exaxeramos se afirmamos que o maior impulso aos criterios sociais na contratación pública harmonizada se debe á sensibilidade (social) e a valentía (xurídica) do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea».
- 40 [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2008-2404+0+DOC+XML+V0//ES \(08-01-2016\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2008-2404+0+DOC+XML+V0//ES (08-01-2016)).
- 41 ECLI:EU:C:2014:2235.
- 42 O acertado comentario de Porta, 2015:4, «A ce compte, il y a peu de règle du droit social qui ne soit susceptible d’être qualifiée de restriction à la libre prestation. Toute à l’idée libérale de la notion de restriction, la Cour paraît bien convaincue que le respect du droit (social) constitue en soi un péché économique, une externalité négative entravant la libre circulation. Or, si elle n’est pas fermée, la voie du rachat est étroite. Il faut aux autorités nationales justifier la poursuite strictement proportionnée d’un objectif européen-compatible».
- 43 Broche, 2015, «Au niveau national, on note donc une difficulté à régler la matière sociale. Au niveau européen, on dénote une inaptitude et une insuffisance du droit dérivé en la matière. La directive 96/71 ne se révèle pas suffisamment adaptée aux deux objectifs

énoncés ci-dessus et ne s'adresse qu'aux seuls travailleurs détachés, ne couvrant pas la sous-traitance exécutée dans un Etat membre autre que celui proposant la conclusion du marché».

44 ECLI:EU:C:2015:760.

45 Tanto era así que a opinión do Goberno escocés

(http://www.scottish.parliament.uk/S4_InfrastructureandCapitalInvestmentCommittee/General%20Documents/Letter_from_Cabinet_Secretary_on_Prestwick_Airport.pdf (08-01-2016)) apostaba sen dúbida pola continuidade: «There is another case on which the Court of Justice of the European Union has been asked to provide a ruling; *RegioPost vs Stadt Landau* (C-115/14). The Court has been asked whether a public body can only award public contracts to contractors that agree to a condition set for public contract only (i.e. not including private contracts) to pay a specified rate of pay where there is an existing legal obligation to do so. We await the Court's findings on this issue, but have no reason to expect that it will differ substantially from previous rulings».

46 Entre outras, na Sentenza do 7 de outubro de 2010, *Vítor Manuel dos Santos Palhota e outros*, asunto C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589.

47 Sobre as Conclusións do Avogado Xeral Mengozzi, que anticipaban o resultado da sentenza, véxase a opinión contraria de Semple, 2015, «Mengozzi's opinion will be welcomed by those who support the use of living wages in public contracts, as it creates a line of argumentation which the CJEU may adopt to distance itself from Ruffert. Although he does not mention the 2014 directives, Mengozzi's reasoning appears to be more in line with the expanded ability to apply social considerations under the new directives, including the explicit ability to reject tenders which do not comply with applicable social or labour laws or collective agreements under Article 56.1 of Directive 2014/24/EU. I agree with the criticism (put forward by Albert Sánchez Graells in his timely blog here) that just because an authority has a competence to do something – in this case, to apply minimum wages in respect of workers on public contracts only – it does not necessarily have a commensurate ability to do that thing in the context of an EU regulated procurement».